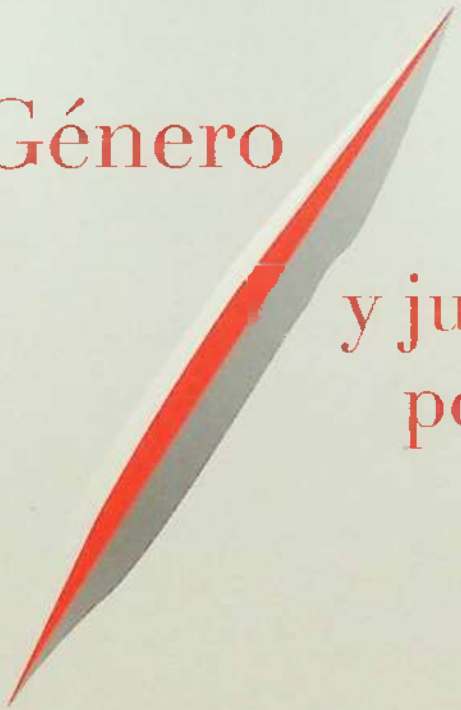
Género y justicia penal



COMPILADORA
Julieta Di Corleto

edicionesDidot

Género y justicia penal

Género y justicia penal

Julieta Di Corleto

edicionesDidot

Di Corleto, Julieta
Género y justicia penal / Julieta Di Corletto. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Didot, 2017.
380 p. ; 22 x 15 cm.

ISBN 978-987-3620-27-0

1. Estudios de Género. I. Título.
CDD 305.42

©ediciones Didot
©Julieta Di Corleto

1° ed., 1° reimpresión en español
Hecho el depósito en ley 11.726
Libros de edición argentina
ISBN: 978-987-3620-27-0

Diseño de tapa: Ezequiel Cafaro
ediciones Didot
Arévalo 1830, CABA, Argentina
Te. (+54911) 6624-5381/4771-9821
www.edicionesdidot.com
didot@edicionesdidot.com

Impreso en julio de 2019
Nuevo Offset
Viel 1444, CABA, Argentina

Índice

Presentación de Julieta Di Corleto 11

CAPÍTULO 1

"Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal 15

Cecilia Marcela Hopp

CAPÍTULO 2

Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género 47

Mauro Lauría Masaro y Nuria Saba Sardañons

CAPÍTULO 3

Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia 73

Leonardo Pitlevnik y Pablo Zalazar

CAPÍTULO 4

Maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja 103

Ana María Prieto del Pino

CAPÍTULO 5

La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica 141

Cynthia Silva y Jeannette Llaja

CAPÍTULO 6

La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas 181

Florencia Sotelo

CAPÍTULO 7

El derecho al aborto 215

Natalia Gherardi

CAPÍTULO 8

Femicidio 237

Patsilí Toledo

CAPÍTULO 9

Mecanismos de simplificación alternativos al juicio y género en el proceso penal: redefinir la discusión desde la política criminal 265

Ileana Arduino

CAPÍTULO 10

Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género 285

Julieta Di Corleto

CAPÍTULO 11

Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional 309

María Luisa Piqué

CAPÍTULO 12

Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal 349

Corina Giacomello

CAPÍTULO 13

El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as 371

Marta Monclús Masó

Presentación

Julieta Di Corleto

El libro *Género y justicia penal* reúne artículos de académicas y académicos de diferentes latitudes, especialistas en derecho, conscientes de que el género es una variable a ser tenida en cuenta en cualquier análisis legal. Las producciones incluidas en este libro dan cuenta de los modos en que la falsa neutralidad pregonada por la dogmática penal afecta los derechos de las mujeres.

Las respuestas frente a esa supuesta neutralidad son variadas y requieren del reconocimiento de las formas en que la discriminación aparece en la propia formulación de la ley, en las prácticas judiciales o en la conformación de la realidad social. Los artículos presentados no tienen una propuesta unívoca frente a la discriminación. Aun coincidiendo en el reconocimiento de la desigualdad, lo cierto es que no existe una sola forma de abordar el dilema de la diferencia. Al tener en cuenta esta premisa, el objetivo del libro es profundizar el intercambio entre el Derecho Penal y los análisis de género a fin de enriquecer las discusiones tanto en el ámbito académico como en la práctica judicial.

Desde esa perspectiva, los trabajos reunidos abordan un número significativo de temas que integran los cursos de derecho penal y procesal penal, pero que escasamente aparecen con estas lecturas en los manuales de estudio. Asimismo, dado que la teoría legal feminista nunca ha intervenido en las discusiones como un mero ejercicio intelectual, los temas abordados también fueron escogidos teniendo en cuenta su relevancia para el trabajo diario en

los tribunales, donde la aplicación descontextualizada de principios generales oscurece la identificación de problemas que requieren distintas soluciones en función de la variable de género.

De esta manera, la publicación desarrolla temas que son desde antiguo asociados a la problemática de género —como por ejemplo la violencia sexual y el aborto—, y también otros que se han instalado en la agenda gracias al avance de los estudios de género —v.gr. violencia en el ámbito intrafamiliar, femicidio y trata para la explotación sexual— (Parte II). Por otro lado, con la intención explícita de abrir nuevos espacios de reflexión, bajo la premisa de que el derecho penal constituye solo una porción del trato que la administración de justicia dispensa a las mujeres, el libro problematiza categorías del Derecho Procesal Penal —como el régimen de la acción penal, los mecanismos alternativos, la valoración de la prueba y la revictimización—, que tienen un impacto concreto en la calidad de la respuesta institucional (Parte III). Adicionalmente, la publicación ofrece una relectura de las estructuras de la teoría de delito, la más impermeable a las interpretaciones de género, poniendo el foco en los delitos de comisión por omisión, y en las categorías de legítima defensa y culpabilidad (Parte I). Por último, se aborda la problemática del encierro y la maternidad entre las rejas, temas donde los estándares de discriminación indirecta son fundamentales para evidenciar la inequidad en el trato a las mujeres encarceladas (Parte IV).

Las razones que justifican esta publicación son variadas. En primer lugar, el libro refleja los avances de la teoría legal feminista en su diálogo con el derecho penal; en segundo término, la variedad y profundidad de los temas tratados abre nuevos horizontes de investigación; y en tercer lugar, el libro reúne los textos de autoras y autores provenientes de Argentina, Chile, Perú, México y España, lo que pone en evidencia el papel de estos debates en diferentes contextos.

En un tono algo más personal, no querría cerrar esta presentación sin agradecer a aquellas personas sin las cuales la publicación no habría sido posible. En primer término, a los profesores Gabriel Ignacio Anitua, Edmundo Hendler y Luis Niño, quienes me brindaron la oportunidad de integrar el equipo de docentes de la materia Derecho Penal y Género de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, ámbito donde surgió la idea de este libro. En segundo lugar, a aquellas personas que cotidianamente abren los espacios de trabajo y reflexión sobre estos temas, en especial a la

Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, quien concibió y me permitió trabajar en la Comisión sobre temáticas de género de la Defensoría General de la Nación, y a Raquel Asensio, su actual coordinadora, quien además de ser una gran amiga, es una interlocutora calificada en la materia. En tercer lugar, quiero agradecer a las autoras y autores que aceptaron en forma entusiasta participar de este trabajo colectivo, se sumaron a los espacios de discusión y elaboraron sus textos con gran compromiso. Por último, pero no por ello menos importante, a Lorena Banfi, de Ediciones Didot, quien creó, desarrolló y sigue alimentando una colección sobre cuestiones de género. Ella respaldó este proyecto desde su inicio y brindó todo su apoyo para que se concretara.

CAPÍTULO 1

"Buena madre", "buena esposa", "buena mujer": abstracciones y estereotipos en la imputación penal

Cecilia Marcela Hopp[1]

1. Introducción

El estudio de la Teoría del delito evidencia enormes esfuerzos intelectuales dirigidos a construir interpretaciones de las normas que rigen la imputación de delitos y la responsabilidad penal con el fin de lograr una aplicación racional y previsible del derecho penal[2]. La imputación objetiva es actualmente uno de los ejes temáticos más discutidos y desarrollados de la teoría del delito. Este nivel de análisis busca delimitar, en primer lugar, qué conductas pueden configurar un hecho típico. Se ha sostenido que la comisión de un delito debe presuponer, como mínimo la creación o el incremento de un "riesgo no permitido" (Roxin, 1997:365/372) o el "quebrantamiento de un rol" (Jakobs, 2002:71). Esto conduce a excluir del alcance de las normas penales a las conductas que

[1] Abogada (UBA), Especialista en Derecho Penal (UTDT), LLM (NYU).

[2] Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen una mirada crítica acerca de las función legitimadora que tiene la teoría del delito respecto del poder punitivo, pero aceptan la necesidad de un sistema de "filtros" que posibilite aplicar el derecho penal como barrera de contención, en este sentido, la teoría del delito debe ser un sistema que permita la previsibilidad y evite la irracionalidad en la interpretación del derecho penal (Zaffaroni- Alagia- Slokar, 2002: 376).

resultan "socialmente adecuadas"[3], las que crean o incrementan un riesgo permitido y aquellos comportamientos "estereotipados" que objetivamente no tienen un sentido delictivo. Más allá de las múltiples críticas que intercambian los autores sobre estos temas, la tendencia generalizada consiste en formular criterios normativos para definir el umbral que debe traspasar una conducta para que pueda ser considerada como delictiva. Estos estándares se basan, en definitiva, en estereotipos acerca del comportamiento socialmente aceptable[4].

A pesar de las declaraciones de principios de quienes se dedican al estudio de la Teoría del delito, y en contra de las normas constitucionales y los tratados sobre derechos humanos, se han esbozado criterios de aplicación del derecho penal que, bajo una aparente neutralidad, conducen a un tratamiento discriminatorio hacia las mujeres[5]. Asimismo, existen abundantes y variados ejemplos en la jurisprudencia que evidencian la persistencia de estándares diferenciados al momento de juzgar a mujeres y varones cuando se encuentran acusados de haber cometido un delito, basados en estereotipos que fundan expectativas de conducta al momento de enjuiciar a una mujer. Por ello, es necesario incorporar la perspectiva de género a la interpretación de las leyes y los hechos, para evitar decisiones injustas y discriminatorias.

2. La mala madre como partícipe, autora por omisión o por imprudencia

Es muy frecuente encontrar que cuando un niño o una niña resulta severamente dañado o muere a causa de violencia sufrida en el ámbito intrafamiliar por parte de su padre o de la pareja de la

---

[3] La adecuación social es un criterio delimitador de los tipos penales, previo al desarrollo de las teorías sobre la imputación objetiva, una descripción de ella puede verse en Welzel, Hans, 1976:83/86.

[4] Una crítica al estándar del "hombre medio, razonable, normal o del buen padre de familia" (Zaffaroni- Alagia-Slokar, 2002:557).

[5] Ver, especialmente, las restricciones al ejercicio de la legítima defensa contra personas con las que se sostiene una comunidad de vida y su crítica, cfr. (Di Corleto, 2006:862/863; Hopp, 2012:60/62).

madre, la mujer sea imputada como cómplice del delito comisivo, autora de un delito de omisión o responsable por el resultado a título de imprudencia. El reproche se basa, en todos los casos, en su función de garante del bienestar de sus hijos. El razonamiento que subyace es que si ella hubiera sido buena madre, habría hecho lo necesario para evitar los ataques a sus hijos o se habría asegurado de que nada malo les ocurriera, esto último opera también cuando los niños mueren a causa de una enfermedad sin haber recibido el tratamiento adecuado.

La definición descontextualizada del rol de garante respecto de cualquier peligro que pueda amenazar a un niño o niña ignora que las muertes por violencia intrafamiliar suelen suceder dentro de un ámbito de violencia ejercida por el agresor y dirigida contra todos los convivientes, incluyendo a la mujer[6]. La violencia de género y la ejercida en el ámbito doméstico se caracterizan por las relaciones de poder desiguales marcadas por la subordinación (Schneider, 2010:41); las condiciones de aparición y prolongación de este tipo de situaciones incluyen vínculos caracterizados por múltiples dependencias que abarcan lo emocional, lo económico, etc. (Sánchez y Salinas, 2012:201). Es por estos motivos que la aplicación pretendidamente neutral del derecho, exenta de consideraciones sobre la violencia habitual, genera profundas injusticias en el tratamiento que se les otorga a las mujeres.

La falta de consideración de estas circunstancias permite mantener una expectativa que una mujer víctima de violencia en el ámbito de la pareja no puede cumplir. En tal sentido, resultan llamativas muchas de esas acusaciones penales, pues los reproches por la omisión de satisfacer las exigencias del rol de garante siempre presuponen que sea posible la conducta exigida por la norma (Stratenwerth, 1982:305 y Roxin, 2003:629/630). No obstante, para fundar imputaciones a las mujeres cuyos hijos sufren delitos de manos de terceros, se aplican en forma automática y acrítica doctrinas que evidencian un alto nivel de abstracción que aluden a que,

"[L]os deberes en virtud de responsabilidad institucional sólo pueden ser equivalentes a la comisión si la institución es de la misma importancia básica para la existencia de la

---

[6] Walker sostiene que en más del 50 % de los casos en que un hombre maltrata a su compañera, también lo hace con los niños (Walker, 1999:77).

sociedad que la libertad de organización y la responsabilidad por las consecuencias. Por eso sólo se tienen en cuenta las siguientes: la relación paterno-filial y sus sustitutos (...). Se trata, pues, de aquellas formas de relaciones sociales respecto de las cuales no existe —al menos, en general— ninguna alternativa de organización" (Jakobs, 1995:994).

Jakobs sostiene que los padres son autores del homicidio de su hijo —en virtud de su responsabilidad institucional— si lo agreden activamente causando su muerte, si no evitan que otra persona lo haga y también cuando colaboran con su suicidio o no lo impiden.

Aquella generalización ha permitido concluir a algunos jueces y fiscales que resulta indiferente si la mujer golpeó activamente a su hijo o si no evitó que su pareja lo golpeara[7], simplificando en forma irracional el análisis acerca de la responsabilidad de quien es calificada como "competente" por el resultado. Así es que no se producen pruebas que tiendan a esclarecer cómo fue el suceso que causó la muerte ni quién lo causó, pues, de antemano ya se tiene una responsable por el resultado: la madre que no evitó el daño.

Con este tipo de consideraciones la jurisprudencia también ha elaborado criterios según los cuales los progenitores deben realizar conductas heroicas para mantener a salvo a sus hijos[8] o tiende a presuponer en forma abstracta la capacidad de las mujeres de

---

[7] *Vid.* Sala I CFCP, causa nº 15.539, "Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/recurso de casación", reg. nº 24.028, rta. 8/9/2014, en este caso se estableció que un bebé de dos meses aproximadamente había muerto a causa de golpes. El hecho había ocurrido en el hogar, estando presentes ambos progenitores. En la sentencia se relevaron testimonios de vecinos que indicaban que aquel día oyeron una pelea, golpes y a la mujer gritando "el bebé no, el bebé no", también se dijo que el hombre era de temperamento violento. Otra vecina declaró que la mujer dijo que se estaba bañando y al salir observó que el infante no respiraba, estando en brazos del padre y que el imputado asumía que la culpa era de él. A pesar de tales elementos, los jueces consideraron que resultaba indiferente quién de los dos había golpeado al niño, pues concluyeron que si el otro no lo hizo, cuanto menos asintió frente a aquel accionar. Aquella presunción no resulta sostenible ni fundada, más aún cuando un solo golpe puede causar la muerte de un bebé de tan corta edad; también, en similares términos, Sala IV CFCP, causa nº 1145/2013, "Ribles Rible, Marcos Carmelo s/recurso de casación", reg. nº 2961/2014, rta. 17/12/2014 y CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas en la causa Rosas, Romina Mariela y otros si p.ss.aa. homicidio calificado", rta. 20/8/2014.

[8] Referencias a la jurisprudencia de Estados Unidos en Roberts, 1993:112/114.

retirarse del hogar o denunciar a sus parejas[9]. El problema de estos criterios va más allá de la discusión filosófica acerca de si la omisión de evitar un resultado puede ser igual que su causación activa[10]. Lo que aquí planteo es un problema independiente de esa discusión: se trata de evaluar los niveles de exigencia al momento de determinar bajo qué circunstancias una persona tiene capacidad —y eventualmente deber— de evitar un peligro, pues nadie sostiene en forma explícita la imposición de una responsabilidad objetiva por el resultado. Son éstos criterios de ampliación extraordinaria del ámbito de la posición de garante los que en la práctica se aplican preponderantemente a las mujeres.

En este sentido, se puede trazar un paralelismo entre las restricciones impuestas por muchos autores al derecho a ejercer la legítima defensa contra personas con las que se mantiene comunidad de vida (Jakobs, 1995:488/489; Jescheck y Heinrich/Weigend,

---

[9] Un ejemplo de esto puede encontrarse en el voto del juez Gemignani en la causa nº 1145/2013, Sala IV CFCP, caratulada: "Ribles Rible, Marcos Carmelo s/ recurso de casación", reg. nº 2961/2014, rta. 17/12/2014. Allí, el magistrado propuso extraer testimonios para que se impute a la madre la coautoría del abuso sexual sufrida por su hija de 12 años. El magistrado releva el testimonio de la niña, quien refirió que le contó a su madre sobre los abusos y en una ocasión se fueron del hogar, pero regresaron. Asimismo, resalta que la mujer reconoció que sabía sobre la victimización de la niña pero regresó a convivir con el imputado porque él prometió modificar su conducta. No obstante, también se lee en la sentencia que el imputado había convencido a la mujer de realizar encuentros sexuales con otra familiar e incluso con una prima de ella, de 13 años de edad, que también sabía que el imputado —su pareja— había tenido relaciones sexuales con su sobrina de 14 años y justificaba su accionar por ser un rito de la religión *umbanda*, requerido para realizar una limpieza espiritual. También se lee en los testimonios que el hombre se comportaba como un líder religioso *pai umbanda*, que ejercía violencia física contra la mujer y todos sus hijos, golpeaba a la madre de la víctima si ella se negaba a tener relaciones sexuales y en una ocasión obligó a la niña damnificada a observar mientras él violaba a su madre. Por último, también surge de la sentencia que la mujer era sometida a explotación sexual. En este contexto, el juez Gemignani enfatizó que la mujer omitió proteger a su hija y que, por ello debería imputársele la coautoría de los abusos sexuales, sin realizar consideración alguna acerca de la situación de sometimiento extrema que relataba la mujer y sin proponer extraer testimonios por la cantidad de delitos denunciados por la mujer durante la audiencia.

[10] La precedente cita de Jakobs da cuenta de su posicionamiento respecto de la equivalencia entre actuar y omitir en casos en que se es responsable por la evitación de la producción de un resultado. La posición contraria se encuentra explicada, por ejemplo, en Nino 2007:317/355.

2002:371; Aboso, 2012:133; Bacigalupo, 1999:371). El criterio —al igual que el deber de realizar conductas heroicas para resguardar a los hijos— es neutral en términos de género, pero la realidad indica que aquel estándar se aplica solamente a las mujeres.

Como consecuencia de estas exigencias, las conductas supererogatorias requeridas por la doctrina y la jurisprudencia implican que la mujer deba asumir elevados riesgos para su propia integridad física y privarse de sustento básico —a la vez que se le exigirá que provea lo necesario para el bienestar de sus hijos—. De la misma manera, las mujeres que deben renunciar a defenderse de su compañero violento o, en su caso, exponerse al recrudecimiento de la violencia para proteger a sus hijos, deben "tolerar algunos menoscabos" para preservar "la paz familiar" y hacer honor al vínculo de comunidad de vida, así como están obligadas a retirarse con sus hijos del hogar violento para no ser partícipes del maltrato de los niños. Estas exigencias son discriminatorias porque imponen a las mujeres la renuncia a sus derechos más básicos, subordinándolos a su rol maternal o a la preservación de la unión conyugal. Esta forma de aplicar el derecho penal refuerza el estereotipo de la mujer como madre abnegada, que se niega a sí misma a favor de su familia, como una ciudadana cuyos derechos son de segunda categoría.

Veamos algunos ejemplos: recientemente se conoció una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la que se declaró inadmisible el recurso de una mujer contra la sentencia que la condenó a la pena de prisión perpetua por considerarla coautora del homicidio de su hijo por no haber evitado que el padre del niño lo golpeara hasta la muerte[11]. Tanto la disidencia del juez Zaffaroni, como el dictamen del Procurador Fiscal permiten conocer los hechos que se imputaron a la mujer, pues reproducen los fragmentos de la sentencia que los describen. La imputación a la mujer se basó en:

"... al menos el prevenido Vega intervino activamente ejecutando materialmente los golpes sufridos por el niño. Y aunque no puede afirmarse lo mismo con igual grado de convicción en relación con la imputada Rosas sí es válido extraer certeramente su comportamiento omisivo en relación con dicho resultado lesivo. Esto es, que pese a haber sabido lo que ocurría

[11] CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas en la causa Rosas, Romina Mariela y otros si p.ss.aa. homicidio calificado", rta. 20/8/2014.

y poder intervenir impidiendo, anulando o morigerando el accionar de Vega, ni hizo nada, siquiera verbalmente o propinándole después oportuno auxilio médico".

Más allá del interesante problema abordado por la disidencia[12], lo cierto es que se observa una descripción descontextualizada del hecho y no se menciona si el hombre ejercía violencia habitualmente contra el niño o la mujer y se presupone sin mayor análisis que la mujer era capaz de impedir la golpiza[13], imponiendo su voluntad frente a la del agresor. Solamente se destaca la frialdad de los progenitores, la mendacidad de la mujer, su actitud encubridora respecto del homicidio perpetrado por su esposo y las características psicopáticas de su personalidad.

Más aún, el juez Zaffaroni impugna la constitucionalidad de la imputación del homicidio por la mera omisión de evitar el daño, pero refiere expresamente:

"En la ley vigente, el caso encuadra en el tipo del artículo 106 Código Penal, calificado por el parentesco conforme al artículo 107. Esto significa que el delito está conminado con pena máxima de veinte años, según la reforma de la ley 24.410. Dada la escala penal prevista, la pena prácticamente sería idéntica en los códigos que establecen la cláusula de equivalencia con el correctivo de correspondencia, con la ventaja de que en el texto argentino no se viola la legalidad"[14].

Con independencia del valor argumentativo que pueda tener la comparación sobre la aplicabilidad de una norma u otra, lo cierto es que la conclusión sobre la responsabilidad de la mujer en el caso citado es criticable, sea que se aplique la norma del homicidio agravado cometido por omisión o el abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo, pues no se analizaron todos los elementos constitutivos de la tipicidad de los delitos omisivos.

---

[12] El voto del ministro Zaffaroni declara la inconstitucionalidad de la aplicación de tipos penales comisivos como delitos impropios de omisión.

[13] Estos elementos son correctamente analizados en una sentencia de la Sala 5 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, causa 48794/2013 "Esquivel, Stella Maris s/procesamiento", rta. 1/12/2014.

[14] CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Romina Mariela Rosas en la causa Rosas, Romina Mariela y otros si p.ss.aa. homicidio calificado", rta. 20/8/2014, cons. 10.

Un caso en el que sí se logró una reconstrucción adecuada de los hechos es la sentencia "KSN" de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP)[15]. En esta se absolvió a una mujer que había sido previamente condenada por el delito de abandono de persona agravado, por no haber evitado la muerte de su hijo. La razón de la absolución fue que no se había comprobado durante el juicio que la mujer fuera consciente de la gravedad del estado de salud del niño.

En efecto, se conoció que el hijo de KSN se encontraba "descompuesto" ya dos días antes de su muerte. El niño sufría dolor abdominal y vómitos. La mujer llevó a su hijo a una salita médica la noche anterior al fallecimiento, donde se le suministró un medicamento que disminuyó el malestar y se le recomendó que lo llevara a un pediatra. Al día siguiente dejó al niño enfermo con su concubino JAC y se fue a trabajar, con la intención de llevarlo al médico luego de la jornada laboral. El hijo de KSN falleció a causa de una infección generalizada producida por la ruptura del intestino. Aquella lesión había sido provocada por un golpe, y se constató en la autopsia que el niño había sido lesionado en diversas partes de su cuerpo poco antes de su deceso.

Según se relevó en la sentencia de casación, el niño había reanudado la convivencia con su madre y el concubino solo 9 días antes de morir; previamente había sido separado de KSN. Esto ocurrió 18 días después de iniciada la convivencia con JAC, pues se encontraba "desfigurado" a causa de agresiones infligidas por el hombre. Durante aquel período intervinieron en aquella familia un juzgado civil y varios profesionales, a fin de evaluar las posibilidades de permitir la reintegración del niño al núcleo familiar de su progenitora.

En el juicio se encontraban imputados KSN y el compañero, ambos fueron acusados de haber cometido el delito de abandono de persona. En el caso de la mujer, por haber dejado a su hijo enfermo en la casa, al cuidado de su pareja "a sabiendas de su temperamento poco tolerante", al hombre por haber omitido llevar al niño al hospital a pesar de haber advertido que tenía dificultades para respirar y su piel se veía de color morado. Según se comprobó, la muerte se produjo cuando el niño se encontraba al cuidado del concubino, quien se limitó a llamar tres veces al trabajo de KSN

[15] CFCP, Sala II, causa 9125, "KSN y otro s/recurso de casación", rta. 21/2/2013.

para exigir su presencia en el hogar, ya que el estado de salud de su hijo se había agravado considerablemente.

En tales condiciones, los jueces de la Sala II CFCP concluyeron que no se había probado el dolo, pues la mujer no se imaginó el peligro de muerte que amenazaba a su hijo, sino que creía que se trataba de una intoxicación[16], mientras que se confirmó la condena por abandono de persona pronunciada respecto de JAC, pues él sí presenció el momento en que inequívocamente era necesaria la asistencia médica urgente.

Los jueces de casación observaron que el juicio se dirigió exclusivamente a evaluar la preocupación de KSN por su hijo y si se había mostrado suficientemente consternada por su muerte, soslayando el interés por investigar los aspectos penalmente relevantes: si ella tenía dolo y quién había golpeado a la víctima.

Las testigos que declararon eran compañeras de trabajo de la mujer y la encargada del hotel en el que residía la familia. No se investigó, en cambio, el origen de la lesión que produjo el deceso. Así, las colegas de KSN mencionaron que el día del hecho la mujer se presentó a trabajar y comentó que su hijo se encontraba enfermo, por lo que lo llevaría al médico luego del trabajo. Recordaron que KSN recibió tres llamadas de su concubino, en las que refería la gravedad del estado de salud del niño, por lo que la mujer fue autorizada a retirarse para llevarlo al hospital. Las compañeras refirieron que KSN no mostró mayor apuro y que se dirigió a su casa caminando, lo que les llamó la atención.

La sentencia de casación señaló que el tribunal fundó el reproche a la mujer sobre la base de la tranquilidad que evidenciaba, a pesar de que su hijo se encontraba enfermo, asimismo, por haber antepuesto las obligaciones laborales antes de llevar al niño al médico y por haberlo dejado al cuidado de quien ya lo había agredido con anterioridad. Los jueces de la Sala II CFCP consideraron que tal conducta, lejos de comprobar el dolo, daba respaldo a la versión

[16] Soler sostiene que la producción del resultado es preterintencional, es decir que no debe ser abarcada por el dolo (Soler, 1987:194). Otro sector de la doctrina refiere que se trata de un delito doloso (Navarro y González Garrido, 2008:169). En cualquier caso, para que se configure un delito preterintencional debe haber cuanto menos un dolo de peligro, lo que no se comprobó en el caso de KSN, pues ella creía que se trataba de un problema gastrointestinal, esto es, que no había peligro.

de la mujer, quien sostuvo que no conocía la gravedad del estado de salud del pequeño.

La interpretación de los hechos y de la actitud de la mujer efectivamente no fundaba un reproche respecto de su conocimiento acerca de que su hijo podía morir si no recibía atención médica, sino que se basó en una desaprobación por haber sido "mala madre"[17]. KSN prefirió trabajar y postergar la atención médica de su hijo, decidió además dejarlo al cuidado de quien lo había agredido, expuso a su hijo al peligro de convivir con un hombre violento y eso resultó en su muerte. Este reproche a la mujer se explicitó más claramente en el voto de la jueza Ana María Figueroa, quien estuvo de acuerdo en la falta de dolo respecto del delito de abandono de persona, pero sostuvo que la conducta de la mujer era reprochable a título de homicidio imprudente, pues ella sabía que el niño tenía problemas de salud y no le procuró asistencia médica suficiente y oportuna, no sabía acerca de la gravedad del cuadro, pero debería haber ido al hospital antes de cumplir con cualquier otra obligación.

Otro segmento interesante de la sentencia de casación se vincula con el análisis pormenorizado de los hechos probados en el caso y la historia de violencia que culminó en la muerte del niño. En efecto, se relevó que tanto las compañeras de trabajo de KSN como la dueña del hotel habían visto a la mujer golpeada durante todo el año en que ella se empeñó en recuperar la tenencia de su hijo. Se analizó también la causa sobre protección de persona llevada por un juzgado de familia, donde se agregaron los informes que daban

[17] Dorothy Roberts sostiene que la no adhesión de la mujer a roles tradicionales de género es penalizada frecuentemente: "Dos características de los casos de maltrato de niños dan sustento a la proposición según la cual el derecho penal penaliza la resistencia de las madres. En primer lugar, la responsabilidad de una madre por el maltrato a sus niños por parte de otra persona a veces depende de si, por lo demás, ella es una buena madre. Para determinar la responsabilidad de la madre por la violencia contra los niños los tribunales buscan otras evidencias de mal ejercicio de la maternidad, como no querer tener hijos, dejar a los niños al cuidado de otra persona para ir a trabajar y el desorden de la casa..." (Roberts, 1993:116). Esto se ve claramente en una sentencia del Superior Tribunal de San Luis absolvió a una mujer acusada por abandono de dos de sus hijos con los siguientes fundamentos: "Resulta procedente absolver a la imputada por el delito de abandono de persona agravado por el vínculo, si se encuentra acreditado que la imputada era una buena madre, que atendía bien a sus once hijos, que estaban bien alimentados...", (ST San Luis, "FAR c. OIE", rta. 20/12/2005, citada en Navarro y González Garrido, 2008:199).

cuenta del tratamiento y evaluación de KSN y su pareja, con el fin de predecir si aquel ámbito familiar aseguraba que los hechos de violencia contra el niño no se reiteraran y la aptitud de ambos para ejercer los respectivos roles parentales. Según se relevó, la mujer en todo momento deseó recuperar el contacto con el niño y cumplía con los requerimientos del juzgado, en tanto que las evaluaciones sobre el concubino agresor fueron escasas. Luego de un año de tratamiento, KSN solicitó que el niño regresara a vivir en su hogar y la magistrada a cargo concedió su petición sin reparar en que el último informe psicológico sobre el agresor recomendaba continuar la observación y la terapia del hombre, pues no se podía descartar que continuara maltratando al niño. Paralelamente, como ya se dijo, las personas que veían cotidianamente a KSN sabían que ella era golpeada por su pareja.

Finalmente, la sentencia relata la historia de vida de KSN[18], quien había sido institucionalizada de niña, por no contar con el cuidado de sus padres, sufrió desde pequeña violencia intrafamiliar y fue violada reiteradamente desde su primera infancia. Asimismo, la mujer relató que ella convivió con el padre de su hijo, quien ejercía violencia extrema contra ella, que antes de dar a luz al niño, perdió un embarazo avanzado a causa de los golpes de su pareja y que finalmente él la abandonó cuando se encontraba encinta. En el momento que comenzó la relación con JAC ella residía junto a su hijo en una casa para madres solteras y la unión con este hombre le permitió mudarse a un hotel y tener un ámbito de mayor privacidad. Además, cuando fue privada de la tenencia del niño ella se encontraba nuevamente embarazada y cuando recuperó su tenencia su segundo hijo era un lactante de tres meses. Por otro lado, se relevó que la mujer minimizaba los hechos de violencia, defendía a su marido y refería que él era la única persona en quien ella podía confiar, pues no se relacionaba con familiares o amigos.

Todas estas circunstancias son señaladas por el tribunal de casación como elementos relevantes que no fueron tenidos en cuenta en forma adecuada por el tribunal oral[19]. La consideración de estos

---

[18] Los datos fueron obtenidos tanto de la causa civil de protección de persona, como del expediente penal.

[19] Este no es un fenómeno aislado. Al respecto se ha dicho: "la falta de exhaustividad en el análisis de la prueba evidencia la ausencia de esfuerzos dirigidos a efectuar una investigación seria y efectiva de los hechos denunciados. Otros casos

datos como significativos implica el reconocimiento de que la capacidad de cuidar a un hijo o hija no es la misma cuando una mujer está sometida a violencia que cuando se encuentra en condiciones materiales, físicas y emocionales adecuadas.

La descontextualización y el ideal de la "buena madre" crean exigencias que no son realmente esperables en los casos en que las mujeres son sometidas a violencia habitual (Schneider, 2000:157), pues son afectadas por muy baja autoestima, depresión, aislamiento, dependencia emocional y evidencian síntomas que han sido descriptos como el "síndrome de la mujer maltratada", que emerge a partir de las dinámicas del círculo de la violencia y la indefensión aprendida (Walker, 1999:10/11). Estas circunstancias les impiden ponerse a salvo a sí mismas, de manera tal que tampoco resulta realista la expectativa de que puedan resguardar a sus hijos. En este sentido, si bien la protección de los hijos es uno de los estímulos más frecuentes que determinan a las mujeres a tratar de salir de la relación violenta, lo cierto es que no todas lo logran (Bodelón, Naredo Moledo y Casas Vila, 2012:38/42; Schneider, 2000:177). Por otro lado, muchas mujeres son conscientes de que el intento de separación suele incrementar considerablemente el peligro de las agresiones (Walker, 1999:42). En cualquier caso, dadas las especiales condiciones que impiden o dificultan el distanciamiento de la mujer y sus hijos respecto de quien ejerce violencia contra ellos, no es exigible un estándar de cuidado ideal en el contexto de situaciones de terrorización doméstica (Frug, 2006:230; Copelon, 1997:114). El relato sobre las vivencias de KSN demuestra estas dinámicas, pues ella había tolerado una relación previa marcada por la violencia extrema —esto se ejemplifica mencionando hospitalizaciones y un aborto causado por los golpes—, sin haber podido separarse del agresor, quien finalmente la abandonó durante su embarazo. En el caso del nuevo vínculo con JAC, se observa que en sus declaraciones la mujer no puede siquiera reconocer que su

---

directamente evidencian la tramitación de investigaciones tendenciosas y parcializadas, con fuerte presencia de estereotipos y prejuicios que conducen a realizar interpretaciones y valoraciones arbitrarias. El análisis fragmentado del relato de las víctimas y demás elementos colectados resulta particularmente desalentador, ya que conlleva la descontextualización de las características propias de las relaciones entre agresores y mujeres agredidas, y oculta la discriminación en que se origina la violencia", (AA.VV., 2010:81).

marido la victimiza y lo considera como la única persona en quien confía, esto es a su vez corroborado por las compañeras de trabajo de KSN, que la recuerdan como solitaria y aislada. A la dependencia emocional se suma el hecho de que la mujer había dado a luz a otro niño hacía solo tres meses y que antes de convivir con JAC no contaba con un hogar para ella y su hijo, por lo que también puede advertirse la dependencia económica y material. Finalmente, es criticable el reproche del tribunal que condenó a la mujer por su elección de anteponer su trabajo a la atención médica del niño, pues tal conducta habría disminuido sus ingresos o puesto en peligro su empleo, lo que a su vez reforzaría su imposibilidad de separarse por carecer de medios de subsistencia para ella y sus hijos.

El caso KSN sirve también para ver la forma en que se desplaza el foco de los reproches: se responsabiliza a una de las víctimas, en lugar de poner en el centro de la discusión la violencia patriarcal que afecta a tantas mujeres, niños, niñas y personas ancianas. Culpar a la mujer en estos casos invisibiliza el origen del problema, lo privatiza como un asunto referido a una familia disfuncional, en lugar de entenderlo como un problema social que el Estado debe afrontar, interviniendo activamente para erradicar los vínculos íntimos violentos.

Esta privatización es reforzada por una idealización que encubre la violencia, se trata de la idea de la privacidad de los vínculos familiares y la presuposición de que estas relaciones se caracterizan por el cuidado, el amor y la igualdad (Siegel, 1999:68; MacKinnon, 2006:219). Este estereotipo no se constata en los casos de violencia intrafamiliar y son completamente extraños para muchas trayectorias vitales. El reemplazo de las experiencias que una persona efectivamente vivió por un dispositivo ideológico que permite no intervenir en el ámbito de las relaciones afectivas posibilita fundar imputaciones injustas y perjudica especialmente a las mujeres, pues son las que con mayor frecuencia sufren violencia en las relaciones íntimas[20] y, eventualmente, cargan con las consecuencia de los daños que sufren sus hijos.

---

[20] El informe de la Oficina de Violencia Doméstica, dependiente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, da cuenta de que el 86 % de los denunciados por violencia son varones y el 80 % de las víctimas son mujeres. Cf. "Datos del funcionamiento de la OVD al 15 de septiembre de 2010 (a dos años del inicio de sus actividades)", en http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/verdoc.jsp

En definitiva, el reproche que funda el corrimiento de la culpa hacia la mujer- víctima[21] por los daños que sufren sus hijos en el marco de la convivencia con su pareja violenta se refleja en la pregunta acerca de por qué no se fue. Así, se afirma implícitamente que las mujeres que toleran agresiones habituales las consienten y se someten libremente a los malos tratos[22], que evidencian un alto grado de masoquismo[23], o que en definitiva se quedan porque están enamoradas[24], así se naturaliza la violencia sexista y se presupone que existe libertad de decisión de las mujeres al momento de quedarse en la convivencia con el agresor. Esto implica la consideración de que al permanecer en la relación la mujer ejerce un

---

[21] Sobre lo inadecuado de este desplazamiento, CFCP, Sala II, causa 14.243, "Amitrano, Atilio Claudio s/recurso de casación", reg. n°19.913, rta. 9/5/2012; también causa n° 11.343, "Nadal, Guillermo Francisco s/recurso de casación", reg. n° 1260/13, rta. 5/9/2013.

[22] Esta consideración fue explicitada en el caso "Leiva" por el Tribunal Superior de la provincia de Catamarca, luego revocado por la CSJN en Fallos 334:1204, rta. el 1/11/2011.

[23] Eva Giberti sostiene que esta interpretación tiene su origen en Freud y da cuenta de esta discusión, con una mirada crítica desde la experiencia empírica. Giberti, Eva, "¿Por qué algunas mujeres se quedan con el golpeador?, *Clarín*, Buenos Aires, 16/4/2009.

[24] Esta idea aparece en la escandalosa sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 16, "Adorno Florentín", causa n° 4041, rta. 22/3/2013 y es señalado por la sala II CFCP como fundamento para revocarla por ser arbitraria. En el caso se trataba de un hombre que violaba habitualmente a su esposa y alegó que ella "debía cumplir" porque era "su mujer". Durante el juicio la mujer dio cuenta de múltiples victimizaciones y refirió que ella siempre lo soportaba porque su religión censura la ruptura de matrimonios y no se quería separar, CFCP, Sala II, causa 513/2013, "Adorno Florentín, Atilio Ramón s/recurso de casación", rta. 25/4/2014. También, CFCP, Sala II, causa 11.343 "Nadal, Guillermo Francisco s/recurso de casación", rta. 5/9/2013, en el que se analizó la violación de una adolescente por parte de su padrastro y la sentencia de casación exhortó a los órganos de formación del Poder Judicial, del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa a realizar lo conducente para eliminar los tratos vejatorios y consideraciones discriminatorias que los jueces, el fiscal y el defensor expresaron contra la víctima y especialmente contra su madre. Respecto de la madre, los jueces del tribunal oral sostuvieron que ella imputó falsamente a su marido de haberla amenazado con un arma para obligarla a retomar la convivencia luego de haberlo denunciado por el abuso sexual de la niña y de haberse retirado del domicilio familiar con sus cuatro hijas, en este sentido, se acusó a la mujer de haber hecho esa denuncia para justificarse por haber retomado la relación "enfermiza" con su esposo.

derecho, toma una decisión privada que no puede ser interferida por el Estado[26]. Consecuentemente, se considera que la mujer puede tomar tal decisión para ella misma, pero se le reprochará que sus hijos sean expuestos a la misma violencia.

La privatización de la violencia de género favorece la inacción del Estado y eso no solamente refuerza aquel statu quo injusto y discriminatorio (Schneider, 2010: 23/42)[25], sino que también supone el incumplimiento de las obligaciones fijadas por la Convención Belém do Pará de investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b)[27].

El reproche en estas condiciones se revela como especialmente inadecuado cuando existe un anoticiamiento o algún tipo de intervención estatal previa —una denuncia por parte de la mujer o, como en el caso de KSN, la intervención de un juzgado de familia—. El Estado tiene obligaciones especiales de protección de la mujer y de los niños, de manera tal que no puede cargar a la mujer con las consecuencias del fracaso de los organismos oficiales. Ello último fue reconocido por los jueces de la Sala II CFCP.

La imputación penal a una madre por no impedir la exposición de sus hijos a la violencia de su pareja aparece, en tal contexto, como una medida para reafirmar el rol de género que indica las características que debe tener una "buena madre", más que una protección reforzada para el bienestar de los niños (Roberts, 1993:98) ya que, como nos muestra de forma clara el caso "KSN", el Estado no reacciona adecuadamente cuando toma conocimiento de la violencia ejercida por un hombre, sea contra la mujer o contra sus hijos, a pesar de ser conocidos los niveles de peligro que representan este tipo de situaciones.

---

[26] Elisabeth Schneider sostiene que el "velo de la relación" ha sido el mayor obstáculo ideológico para el reconocimiento y la adecuada respuesta legal a la violencia de género (Schneider, 2010:43).

[25] Marcela Rodríguez sostiene que en un contexto de desigualdad no es posible la neutralidad, o se combate la desigualdad activamente o, al no hacerlo, se sustenta la desigualdad (Rodríguez, 2000:143).

[27] Cf. CIDH, Relatoría para los Derechos de las Mujeres. *Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación* OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003), párrafo 154. Cf. Corte IDH, "Caso De la Masacre De las Dos Erres v. Guatemala". Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C n° 211, párrafo 141.

A continuación examinaré otro aspecto que resulta desatendido en sentencias que carecen de perspectiva de género.

3. La percepción del riesgo: el dolo en el tipo penal omisivo y el reproche por imprudencia

Otro elemento que la dogmática penal ha intentado normativizar es la representación que debe tener "el ciudadano" o "la buena madre" respecto de los peligros que amenazan a sus hijos. Aquella objetivación del dolo se ha fundado en que no se debe premiar "la ceguera de hecho" (Jakobs, 1997:313/314) o la negligencia dirigida con una disminución drástica en la atribución de responsabilidad. Quienes sostienen esto indican que aun si la persona no supo que existía un riesgo que debía evitar o mitigar, debió saberlo, por lo que el reproche es el mismo que si hubiera tenido efectivo conocimiento. Esta no es, no obstante, una posición aceptada por la mayoría de la doctrina, por lo que lo más frecuente es que los casos en que, a pesar del alto grado de peligro, la persona no previó el resultado ni quiso su producción, se impute la responsabilidad a título de imprudencia[28].

Lo cierto es que también la percepción del riesgo puede aparecer afectada por el sometimiento de una persona a violencia habitual (Di Corleto, 2006:869/870) o por razones socioculturales. En efecto, en el caso "KSN" la Sala II CFCP destacó que la historia de vida de la mujer daba cuenta de la ausencia de toda experiencia de vínculos afectivos exentos de violencia. Esta construcción hizo que KSN naturalizara la violencia y no percibiera el grado de peligro que representaba la convivencia con el agresor. La falta de consideración de este aspecto de la historia de la mujer permitió un reproche decididamente inadecuado. La alteración en la percepción del riesgo es algo que sufren las mujeres que evidencian indefensión aprendida a causa del maltrato habitual (Walker, 1999:10).

---

[28] Una crítica a la proposición sobre la ceguera de hecho en Sancinetti 1995:224. Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar sostienen que la imputación individual siempre debe determinarse sobre la base de las capacidades individuales (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002:558).

Otro caso en que se imputó a una mujer la muerte de su hija por no haberle procurado cuidados a su salud fue el de María Ovando, una mujer que carecía de instrucción e ingresos, era analfabeta, tenía a su cargo doce hijos, con quienes vivía en condiciones de pobreza extrema, alejada de todo tipo de servicios de atención médica. En la sentencia que la absolvió[29], luego de un prolongado período de encarcelamiento preventivo, se mencionó que la mujer fue advertida de los problemas de salud de su hija, ya que algunos médicos visitaban el lugar donde ella residía. No obstante, la mujer no contaba con los medios para llevarla al hospital y quienes advirtieron la necesidad de atención sanitaria no llevaron a la niña para que fuera correctamente atendida. Así, se reconoció que las condiciones sociales y culturales de la mujer le impedían comprender el grado de peligro que representaba el estado de salud de su hija[30], ya que ella había vivido en esas condiciones durante toda su vida, al igual que el resto de los niños que tenía a cargo y había sobrevivido. También es importante el señalamiento respecto de la intervención de instituciones asistenciales que omitieron suplir la imposibilidad material de la mujer de llegar hasta el lugar en que su hija podría ser asistida.

En el mismo sentido, se puede nombrar otra sentencia en la que se evaluaron concretamente las capacidades de una mujer sometida a violencia para proteger a su hija. Se trata de la decisión dictada en el caso "Yanina González"[31], quien fue imputada por el abandono de su hija, muerta a causa de golpes recibidos de su pareja. La sentencia tuvo especialmente en cuenta la capacidad intelectual que poseía la mujer, por presentar un leve retraso madurativo, su falta de independencia, la violencia sufrida en el ámbito intrafamiliar y el aislamiento que se produjo inmediatamente después de comenzar la convivencia con el agresor. Se tuvo en cuenta también, como factor de vulnerabilidad, el hecho de que la mujer estuviera embarazada al momento del hecho que terminó con la vida de su primera hija y se concluyó que ella no percibía adecuadamente el nivel de peligro que corrían ella y

---

[29] Tribunal Oral en lo Penal nº 1 de El Dorado, causa 1837-D-2011, rta. 28/11/2012.

[30] Este punto fue resaltado en el informe presentado por la Comisión de Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación ante el Tribunal Oral.

[31] Tribunal Oral en lo Criminal nº 2 Departamental de San Isidro, causa 14.007, "González, Yanina s/Abandono de persona seguido de muerte, agravado por el vínculo", rta. 11/3/2015.

su hija. La valoración de los hechos resultó especialmente apropiada, pues se destacó la responsabilidad de las instituciones estatales y comunitarias que, a pesar de percibir cierto grado de violencia, no propiciaron una intervención que interrumpiera esa situación y resguardara a la mujer y a su hija frente al agresor.

Existen también casos en los que se acusa a las mujeres por daños sufridos por sus hijos en el ámbito doméstico, reprochándose la imprudencia por las condiciones precarias de la vivienda familiar. Las malas condiciones habitacionales implican peligros que no están presentes en hogares de clase media. Muchas condiciones de seguridad dependen de la disposición de recursos económicos y de características de la construcción[32]. En este sentido, las madres pobres aparecen más expuestas a imputaciones penales a título de imprudencia por lesiones o muerte de sus hijos, pues las exigencias de seguridad son evaluadas según la mirada de quien habita una vivienda de clase media o alta[33]. Solo para dar un ejemplo: en ciertas zonas del país las construcciones llevan instalaciones de gas, que es provisto como servicio público. No obstante, en lugares más pobres, las casas no tienen este servicio y obtienen gas a través de garrafas, lo que eleva considerablemente el peligro de accidentes. Así, una mujer pobre tiene que prever y controlar muchos más peligros que aquella cuya vivienda posee mejores condiciones de habitabilidad. Cuando la falta de medidas de seguridad deviene en un accidente doméstico, la responsable es quien está a cargo de los niños. Aquí, nuevamente, se responsabiliza en forma individual a la encargada del cuidado, a pesar de que la precariedad de la construcción en la que vive una familia pobre constituye un problema de dimensiones preponderantemente sociales[34].

---

[32] Referencias sobre la importancia de este fenómeno, que ha llegado a ser la causa más frecuente de lesiones en niñas y niños (Lipcovich, 2015; "Caídas de altura en Villa 20. Diagnóstico interinstitucional", Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, noviembre de 2013, http://mptutelar.gob.ar//sites/default/files/dt-caidas-de-altura.pdf).

[33] Esto no es llamativo pues gran parte de los jueces y fiscales pertenecen a una clase económicamente privilegiada, debido a que reciben salarios elevados.

[34] Este sesgo se evidencia también en otras decisiones, tales como la determinación de las consecuencias del delito. En efecto, el Tribunal Oral en lo Criminal de La Pampa condenó a un hombre por tenencia de estupefacientes con fines de comercialización y a su esposa por participación secundaria en el delito. Al momento de determinar la pena que le correspondería al hombre, se tomó en cuenta como circunstancia atenuante el interés de sus hijas en que su padre no fuera privado de

Estos no son, sin embargo, los únicos casos en los que la ley penal se aplica de manera perjudicial hacia las mujeres.

4. Las mujeres como garantes de la moralidad de la familia y las conductas neutrales

Otro grupo de casos interesantes tienen que ver con la imputación a las mujeres como partícipes de los delitos cometidos por sus parejas. Aquí me propongo analizar dos casos en los que la imputación aparece incomprensible desde el punto de vista de la dogmática penal tradicional.

El primero de ellos es el caso de una mujer que fue llevada a juicio acusada de participar de un secuestro extorsivo cometido por su esposo, por haber lavado la ropa del prisionero durante el cautiverio forzado[35]. La mujer fue condenada en primera instancia y luego absuelta por el Tribunal Supremo español[36] porque lavar la ropa es una conducta estereotipada que no puede constituir un delito, se dijo que, a todo evento, el lavado de la ropa podría haber sido realizado por cualquiera de los coautores que sí realizaron los actos que configuraron el delito y que, por otro lado, mantener la ropa limpia no perjudicó a la víctima, sino que la benefició. No se puede sino acordar con estas conclusiones, pero, como veremos, el caso permite alguna reflexión adicional.

El segundo caso que quisiera analizar es uno en el que se condenó a una mujer por considerarla cómplice secundaria del delito de

---

libertad por un período tan extenso. Sin embargo, respecto de la madre, se sostuvo que era necesario que cumpliera en forma efectiva la condena de tres años —que legalmente podía ser dejada en suspenso—, pues la preparación de las drogas para su comercio se realizaba en la casa en la que residían sus hijas y allí se hallaron estupefacientes (en el dormitorio conyugal y en un *freezer*). Como consecuencia de estas condiciones de peligro para las niñas, los jueces sostuvieron que no era conveniente que la madre permaneciera en libertad. Resulta evidente, como lo determinó la Sala II CFCP al revocar ese segmento de la sentencia, que la única circunstancia que fundó la agravación de las condiciones de ejecución de la pena de la mujer fue el hecho de que ella era madre (causa nº 698/2013, "Formigo, Omar Gerardo y otra s/recurso de casación", rta. 12/2/2015.

[35] Un comentario sobre este caso (Blanco Cordero, 2011:855).

[36] STS 185/2005, del 21 de febrero.

transporte de estupefacientes ya que viajaba en un automóvil con su esposo e hija[37]. En el caso se comprobó que la familia llegó a la ciudad en el vehículo y que el hombre se dirigió a un lugar de donde retiró una bolsa que fue guardada por él en el coche para luego regresar al alojamiento donde se encontraba su familia, allí cargaron los bolsos en el vehículo y emprendieron el viaje. En la sentencia se justificó la condena a la mujer pues ella habría prestado su presencia y la de su hija en el automóvil, a fin de dar al emprendimiento ilícito una imagen de viaje de familia y disminuir las probabilidades de sospechas respecto de la actividad de su marido.

En ambos casos se presupone que la mujer sabía acerca de la actividad ilícita de su pareja. Aún así, lavar la ropa no facilita o configura una privación ilegítima de la libertad ¿sobre qué se habrá basado, entonces, la imputación a la mujer? Es interesante notar que lo que hizo la mujer responde completamente a la tradicional división sexual del trabajo, una acción claramente "estereotipada", lo único que no respondió completamente al rol tradicional fue que la ropa que lavó no fue la de su esposo, sino la de una persona secuestrada.

En el caso de la mujer acompañante en el tráfico de drogas, no se le reprochó más que su mera presencia en el automóvil, pues ella incrementaba la apariencia de legitimidad. Ese razonamiento solamente puede responder a un estereotipo que indica que las mujeres representamos una moralidad superior.

La pregunta es, entonces, ¿qué debe hacer una mujer que sabe que su esposo comete un delito para evitar ser criminalizada? Por otro lado, se ve claro en estos casos que las conductas que llevaron a juicio a estas mujeres no se ajustan a los criterios de imputación que sostiene la doctrina[38], pues sus conductas resultan en realidad neutrales, estereotipadas y no contribuyen al peligro para el bien jurídico (Guzmán, 2010:275). Aquí los estándares son diferenciados y expanden la criminalización de las mujeres más allá de lo que se aplicaría respecto de un varón.

Una hipótesis que podría explicar este reproche desmedido tiene que ver justamente con que no se espera de las mujeres que cometan delitos, se exige de nosotras una moralidad superior al

---

[37] Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, causa 2478, rta. 8/6/2012.

[38] Una posición muy restrictiva del alcance de la responsabilidad por participación en un delito de otro en Ferrante, 1997:235.

estándar del "rol de ciudadano". El papel de transmisoras de la cultura parece situarnos en un lugar de garantes respecto del buen comportamiento de los miembros de la familia, una mujer que consiente que se cometan delitos en su presencia no puede ser una "buena madre", pues no transmitirá en la crianza el imperativo de adhesión a la ley.

Así, el estereotipo atribuido a las mujeres nos pone, curiosamente, en el lugar de los llamados gatekeepers, personas que actúan en el ámbito privado y tienen deberes especiales impuestos por el Estado, con el fin de evitar la comisión de delitos u otras conductas no deseadas por parte de terceras personas. Ejemplos de esto son las obligaciones que tienen los bancos de reportar operaciones financieras sospechosas, o el deber de los escribanos de exigir la justificación del origen del dinero que se utiliza para una transacción sobre la que interviene como fedatario. Estos intermediarios tienen la capacidad de realizar los controles que se les exigen, por otro lado, los beneficios que conlleva ejercer sus actividades permiten la imposición de ciertos deberes sin que ello resulte arbitrario, irrazonable o contrario al principio de igualdad.

Contrariamente a los gatekeepers las mujeres no suelen estar en una posición que facilite el control de las actividades de sus parejas, el rol tradicionalmente subordinado de las mujeres en la esfera económica y simbólica dificulta especialmente cualquier intento de impedir conductas ilícitas del compañero de vida. Por otro lado, no parece haber una justificación para el trato diferencial y la asignación de aquella carga diferencial que, a la sazón, no se encuentra siquiera implícita en norma alguna.

Tratar a las mujeres como garantes de la buena conducta de los miembros de la familia no es más que otro producto de idealizaciones que amplían el ámbito de la persecución penal contra mujeres.

5. Los actores implicados: defensa inefectiva frente a imputaciones sesgadas y falta de perspectiva de género en la jurisprudencia

Los casos reseñados exhiben la persistencia de dificultades en la comprensión de los hechos cuando una mujer se encuentra imputada por un delito. Este statu quo debe modificarse mediante

la formación y sensibilización de los actores relevantes en el proceso penal. La defensa técnica de las mujeres imputadas debería ser clave en promover una comprensión adecuada de los hechos y en impugnar los estereotipos discriminatorios[39]. No obstante, no es frecuente la introducción de la perspectiva de género en las defensas de mujeres, a pesar de que son esos argumentos los que podrían modificar el resultado del litigio en forma favorable a la acusada (AA.VV., 2012:9).

Por el contrario, la asistencia técnica de las mujeres suele mantener el discurso de la imputada que encubre los delitos de sus compañeros, en lugar de señalar la relevancia de la victimización de la mujer y evidenciar la contraposición de las situaciones entre coimputados[40].

A modo de ejemplo, la defensa oficial de KSN nunca optó por una estrategia diferente de la de su pareja, ni intentó demostrar las diferentes situaciones fácticas y jurídicas de ambos acusados; en cambio, la defensa de JAC pretendió en todo momento descargar la responsabilidad del hombre por no ser él el padre del niño y, por tanto, señaló a KSN como única posible responsable. En otro de los casos citados, "Pippo"[41], tanto la mujer como el agresor contaban con el mismo abogado defensor, quien en ningún momento marcó la diferencia en la conducta de sus representados, a pesar de que

---

[39] (Anitua y Picco, 2012:222) Se debe mencionar que la defensa de Yanina González (sentencia ya citada) hizo posible su absolución, mediante el ofrecimiento de los testimonios que dieron sustento a la sentencia. Su abogada analizó las pruebas aportadas que permitieron a los jueces no caer en abstracciones y estereotipos discriminatorios y contextualizar lo sucedido en forma adecuada. Corresponde mencionar que la letrada defensora asumió la tarea como parte de su militancia feminista y que tanto ella como Yanina fueron acompañadas y apoyadas por fuertes movilizaciones. Fue la militancia la que llevó los argumentos y el enfoque correcto al tribunal, logrando, después de casi dos años de privación de la libertad de Yanina y un parto en prisión, su liberación definitiva.

[40] Una interesante reflexión acerca de las discrepancias entre la estrategia propuesta por la defensa técnica y la que desea sostener la persona imputada (Hegglin, 2006:102-103). Solamente ha de observarse que al momento de evaluar cómo debe solucionarse el desacuerdo entre la defensa técnica y la imputada deben tenerse en cuenta los efectos persistentes de la violencia de género como factores que limitan la libertad de la voluntad de la defendida.

[41] Sala I CFCP, causa 15.539, "Pippo, Francisco y Pastore, Andrea s/recurso de casación", rta. 8/9/2014.

resultaba claro que era el hombre el que golpeó al bebé, limitándose la imputación a la madre por "haber asentido" la violencia. También en el caso "Rosas", comentado más arriba, se observa que la defensa de la mujer solo se agravió por la imposición de la prisión perpetua, sin cuestionar la responsabilidad, en este caso la mujer tampoco había golpeado a su hijo, sino que había estado en el hogar mientras su pareja atacaba al niño[42].

La Corte Suprema ha desarrollado algunos lineamientos que establecen la necesidad de una defensa técnica eficaz para asegurar la regularidad de los procesos penales[43]. En este sentido, cabe destacar el precedente "Centurión"[44] donde se anuló lo actuado durante el juicio porque todos los imputados contaron con el mismo defensor oficial y se señaló específicamente que existieron intereses contrapuestos. Este precedente permite impugnar la legitimidad de muchos procesos que culminan en condenas en contra de mujeres que tienen defensas conjuntas con sus parejas y no se plantean los argumentos que podrían desvincularlas porque podrían perjudicar al coimputado.

Tanto la Defensoría General de la Nación, la Procuración General y la Corte Suprema han implementado políticas dirigidas a formar a los actores que intervienen en los procesos penales para que conozcan el alcance de los compromisos internacionales sobre derechos humanos de las mujeres y ajusten su trabajo a los estándares de protección y no discriminación[45]. En el ámbito de la Defensoría General de la Nación se ha desarrollado abundante bibliografía que expone los diversos desafíos que representa la incorporación

---

[42] Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, "Rosas, Romina Mariela y otro p.ss.aa. homicidio calificado, etcétera —Recurso de inconstitucionalidad—", (Expte. "R", 12/8), sentencia n° 162, rta. 22/6/2010.

[43] Una reseña sobre el tema en Kreplak y Luna, 2013:190/196.

[44] Causa C. 173.XLIV, rta. 6/12/2011.

[45] En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó la Oficina de la Mujer, que se dedica principalmente a organizar actividades de formación para el poder judicial e investigaciones sobre cuestiones de género; en el ámbito de la Defensoría General de la Nación funciona la Comisión sobre temáticas de Género que realiza tareas de investigación, formación y asistencia para defensores y defensoras; en la Procuración General de la Nación se creó una unidad fiscal especializada que cumple funciones similares a las de la Comisión de la Defensoría General, pero enfocada en la asistencia en la investigación y persecución de casos de violencia de género.

de la perspectiva de género en la actuación de los y las defensores oficiales (AA.VV., 2012; AA.VV., 2010), asimismo se realizan cursos para la formación de empleados, funcionarios y magistrados, entre otros emprendimientos que también comenzaron a realizar la Oficina de la mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y recientemente la Procuración General de la Nación.

El impacto de estas nuevas prácticas y de la mayor visibilidad de la violencia contra las mujeres como un problema social ha permitido una cierta sensibilización de los actores relevantes, pero, como hemos podido ver, persisten serios problemas referidos a la selección e interpretación de hechos y pruebas que revelan estereotipos discriminatorios[46].

La jurisprudencia que poco a poco desarrolla la Corte Suprema respecto de las obligaciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres ha modificado radicalmente el litigio y las resoluciones judiciales sobre suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género[47] y sobre aborto no punible[48]. La Corte Suprema ostenta una posición institucional decisiva en la determinación de los criterios jurisprudenciales de los tribunales de todo el país sobre los estándares constitucionales que deben ser cumplidos. En este sentido, el reciente caso "Rosas" fue una oportunidad perdida para analizar los estereotipos que pudieron determinar la decisión de condenar a prisión perpetua a una mujer por no evitar que su marido matara a su hijo.

Sería auspicioso que el máximo tribunal enfatizara en sus sentencias que la falta de aplicación de las convenciones referidas a los derechos de las mujeres es tan grave y tan generadora de responsabilidad internacional como el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, para dar solo algunos ejemplos.

Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cumplieron un papel fundamental para la expansión del conocimiento y exigibilidad de los derechos reconocidos en las convenciones

---

[46] Una investigación sobre este fenómeno, con análisis de varios casos puede verse en AA.VV., 2010.

[47] Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092.

[48] "FAL s/medida autosatisfactiva", Fallos: 335:197.

sobre derechos humanos[49]. Hoy todo defensor, querellante, fiscal o juez en materia penal conocen y manejan con bastante precisión el contenido de estas convenciones y exigen su aplicación en los tribunales. Esto ha motivado incluso la modificación de la letra y la interpretación de diversas leyes y principios del proceso penal y el desplazamiento de ciertas normas que antes resultaban indudablemente aplicables.

El cimero tribunal ha citado consistentemente las disposiciones de estas convenciones junto con la interpretación que de ellas han realizado los órganos internacionales creados por esos tratados, que constituyen, según la Corte Suprema, las condiciones de vigencia de aquellos compromisos, conforme lo refiere el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Hoy, por ello, se realizan interpretaciones extensivas y progresivas de varios de los derechos reconocidos por las convenciones más citadas por la Corte.

Esto no ocurre en igual medida respecto de las convenciones sobre derechos humanos de las mujeres. La omisión de la Corte Suprema de explicitar las obligaciones que implican la Convención Belém do Pará y la CEDAW para los tribunales de nuestro país y generar jurisprudencia que promueva su conocimiento, aplicación y comprensión, parece ser una muestra de los estándares diferenciales que disminuyen la operatividad de los tratados sobre derechos humanos que tienen como sujetos de especial protección a las mujeres en comparación con la omnipresencia de los tratados

---

[49] Bergallo destaca la importancia que tuvo la CSJN y el Poder Judicial en general en el proceso de internalización del Derecho internacional de los derechos humanos en Argentina (Bergallo, 2009:570). En tal sentido, la autora sostiene: "el discurso judicial es un espacio fundamental para el desarrollo de ese proceso de internalización que conduce, en última instancia, a que los Estados, sus individuos e instituciones cumplan los tratados de derechos humanos y demás normas de Derecho internacional de los derechos humanos". Ejemplos de la aplicación de los tratados sobre derechos humanos en casos judiciales internos son: "Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros", rta. 7/07/1992, Fallos 315:1492; "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación - causa 32/93", rta. 7/04/1995, Fallos 318:514; "Monges, Analía M. c/UBA. —resol. 2314/95—", rta. 26/12/1996, Fallos 319:3148; "Acosta, Claudia Beatriz y otros s/hábeas corpus, rta. 22/12/1998, Fallos 321:3555; "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa 259—", rta. 24/08/2004, Fallos 327:3294; "Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente ley 9688", rta. 21/09/2004 Fallos 327:3753, "Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, —causa 17.768—", rta. 14/06/2005, Fallos 328:2056, entre muchísimos otros.

sobre derechos humanos "de todos" en nuestros debates y prácticas jurídicas.

A pesar de ello, el problema de la discriminación de género en el tratamiento judicial de los casos sobre violencia de género ya se ha instalado y se advierte alguna mejora en los discursos utilizados por jueces, defensores y fiscales. El impacto de las importantes políticas implementadas en los tres ámbitos más relevantes del sistema de justicia penal apenas comienza a avizorarse.

6. Reflexiones finales

A partir de los casos analizados en el presente trabajo se evidencia que la maternidad y el rol reproductivo siguen siendo fuertes determinantes de la posición social subordinada de las mujeres (Roberts, 1993:96), estos roles asignados a las mujeres también determinan la penalización de las desviaciones graves respecto del estereotipo. No se trata de un descubrimiento novedoso para las autoras feministas, la penalización del aborto es una clara muestra de la maternalización de los cuerpos femeninos (Frug, 2006:230) que sanciona a las mujeres que no desean ser madres. Estas reflexiones intentan mostrar otra clase de circunstancias, menos exploradas, que también fundan exigencias sociales diferenciales implementadas mediante el uso del derecho penal.

Las propuestas de este trabajo no se encaminan necesariamente a sostener que todos los casos analizados deban conducir a afirmar la atipicidad de los hechos imputados a mujeres, tampoco es el objetivo de estas reflexiones insertarse en una discusión sobre el sistema de análisis de la teoría del delito, sino meramente indicar algunos estándares y construcciones que conducen a soluciones inadecuadas.

Así, podemos concluir que las abstracciones en los conceptos estereotipados permiten quitar relevancia a circunstancias que deberían excluir la responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo, la no inclusión de hechos relevantes impide tenerlos en cuenta incluso a los fines de evaluar causas de exclusión de la culpabilidad. Ésta descontextualización es la que permite condenas injustas. Cierto es que hemos podido citar algunas sentencias auspiciosas y bien orientadas: los casos "KSN", "Yanina González" y "María Ovando", sin embargo, en todos ellos las mujeres sufrieron años de

encarcelamiento preventivo. En el caso de María Ovando, la mujer fue separada de sus 12 hijos y, al momento de su absolución no se sabía dónde se encontraban todos ellos; en el caso de Yanina González, dio a luz a su segunda hija estando encarcelada, convivió con ella intramuros hasta que obtuvo la prisión domiciliaria, vigilada con pulsera electrónica; en el caso de KSN, también parió en prisión y debió entregar a su hija recién nacida a la madre del agresor, quien se hizo cargo de sus dos hijos hasta que obtuvo la excarcelación luego de cumplir los dos tercios de la pena de 6 años y 8 meses que le había sido impuesta en la sentencia condenatoria, solo luego de ese tiempo se revisó la condena y se la absolvió en la instancia recursiva.

Un planteo más tradicional al que aquí se presenta indicaría que las mujeres que no cumplen con "sus deberes" como madres pueden ser disculpadas en casos extremos por incapacidad psíquica o por coacción, pero ese tipo de soluciones no resulta siempre satisfactorio, pues se trata la cuestión como un problema personal de la mujer, cuando en verdad se debe reconocer una imposibilidad objetiva de actuar de otra manera[50].

En este sentido, es posible esbozar la idea de que no deberíamos precipitarnos hacia defensas que aleguen la exclusión de la culpabilidad por razones de extrema violencia cuando una mujer es imputada respecto de daños infligidos a sus hijos por parte de su pareja, puesto que lo que habría que replantear es la construcción de los estereotipos de "buena madre" o "buena mujer" e indagar si los actuales estándares responden a la realidad de los casos o se abstraen completamente de las condiciones bajo las cuales suceden este tipo de hechos[51].

Se trata de repensar si estas mujeres "se comportan mal" por circunstancias excepcionales por las que no pueden responder o si la conducta que se espera de las mujeres cuyos hijos son lesionados

---

[50] Un comentario interesante sobre lo inadecuado que resulta afirmar la tipicidad de conductas sobre la base de un estándar que el individuo concreto no puede alcanzar, puede encontrarse en Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2002:559.

[51] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sostuvo: "... los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica...", CEDAW/C/58/D47/2012, Comunicación nº 47/2012, caso "González Carreño c. España", 16 de julio de 2014.

o mueren se aparta de la realidad. Alegar falta de culpabilidad en estos casos implica que la mujer se comportó de manera incorrecta (Fletcher, 1978:798), lo que presupone afirmar que ella tenía el deber y la capacidad de resguardar a sus hijos. Por otra parte expone a la acusada a que no se la absuelva y se le imponga una pena baja, pero dentro del marco penal del delito imputado, o en el mejor de los casos a una pena menor que el mínimo establecido legalmente (Zaffaroni-Alagia-Slokar, 2002:248; Anitua y Picco, 2012:246), en lugar de la absolución que corresponde en los casos de atipicidad.

Lo que he querido señalar, en definitiva, son los estándares especiales de imputación que se aplican a las mujeres y cuestionar algunos de sus efectos. Si se trata de un problema que afecta ya el nivel del injusto o a la culpabilidad es algo que parece ser variable en los distintos casos y abierto a argumentación. Sería interesante que los autores que se dedican a estudiar teoría del delito detectaran estos problemas y los resolvieran con criterios razonables, adecuados y realistas.

La discriminación basada en el género persiste no sola (ni principalmente) en las leyes, sino también en las prácticas judiciales (Cusak, 2014), en la interpretación del derecho y en la doctrina. Las contribuciones publicadas en este libro demuestran que la legislación neutral en términos de género frecuentemente es aplicada de manera diferencial y desfavorable para las mujeres, el presente artículo presenta nuevos ejemplos sobre este fenómeno.

El grupo de temas que he intentado introducir resulta poco explorado desde un punto de vista teórico. En efecto, el fenómeno de la criminalidad femenina fue abordado tradicionalmente por la criminología, pero la teoría del delito sigue generalmente sin prestar atención a ciertos sesgos discriminatorios que afectan a la interpretación de las normas penales[62]. Estos estereotipos deben ser combatidos y erradicados.

Es esperable que continúen los importantes avances que hoy ya se están viendo respecto del marco jurídico que regula los casos de violencia de género junto con la interpretación y aplicación de estos textos normativos en la jurisprudencia. Para que esto ocurra, será clave la formación de los actores del sistema judicial a fin de

[62] La excepción ha sido el tópico referido a la legítima defensa de mujres maltratadas cuando matan a su pareja, así, puede verse, por ejemplo Schopp, 1998:89 y ss.; Chiesa, 2007:50 y ss.; McColgan, 2014, entre tantos otros.

que incorporen al género como una variable de análisis del caso. Este último es el mayor de los desafíos, ya que las construcciones fácticas y argumentativas son aún muy deficientes y contrastan con la creciente práctica de citar las convenciones internacionales sobre derechos humanos de las mujeres.

Sin un enfoque de género, las citas de normas y precedentes referidos a violencia y discriminación contra las mujeres se transforman en clichés vacíos que no representan avances suficientes para promover el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia ni discriminación.

Bibliografía

AA.VV., (2010), *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa.

Aboso, Gustavo Eduardo, (2012), *Código Penal de la República Argentina*. Comentado, concordado con jurisprudencia, Buenos Aires, B de F.

Arútua, Gabriel I. y Picco, Valeria A., (2012), "Género, drogas y sistema penal. Estrategias de defensa en casos de mujeres 'mulas'", en AA.VV., *Violencia de género: estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

Bacigalupo, Enrique, (1999), *Derecho Penal*. Parte General, 2ª ed., Buenos Aires Hammurabi.

Bergallo, Paola, (2009), "Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial", en Gargarella, Roberto (coord.), Teoría y crítica del Derecho constitucional, T. II Derechos, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Blanco Cordero, Isidoro, (2011), "Caso de la mujer que lava la ropa del secuestrado", en Sánchez-Ostiz (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, Madrid, La Ley.

Bodelón, Encarna; Naredo Moledo, María; Casas Vila, Gloria, (2012), "La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan violencia de género en España", en Encarna Bodelón (dir.), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

Chiesa, Luis Ernesto, (2007) "Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona", *Revista Penal*, nº 20/2007.

Copelon, Rhonda, (1997), "Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura". Rebecca Cook (ed.). *Derechos humanos de la mujer, perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia.

Cusak, Simone, (2014), *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender- based violence cases*, OHCHR.

Di Corleto, Julieta, (2006), "Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", *Revista de Derecho penal y Procesal Penal*, nº 5/2006, Buenos Aires, Lexis Nexis.

Ferrante, Marcelo, (1997), "Materiales para la elaboración de una prohibición de regreso. Sobre la construcción del ilícito del partícipe como problema de la imputación objetiva", *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año 3, nº 6, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Fletcher, George, (1978), *Rethinking criminal law*, Little, Boston, Brown and Company.

Frug, Mary J., (2006), "Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)", en García Villegas, Jaramillo Sierra, Restrepo Saldarriaga (comp.), *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes.

Giberti, Eva, (2009), "¿Por qué algunas mujeres se quedan con el golpeador?", *Clarín*, Buenos Aires, 16/4/2009.

Hegglin, María Florencia, (2006), "Al rescate de la defensa técnica adecuada", en Pitlevnik (dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, nº 1, Buenos Aires, Hammurabi.

Hopp, Cecilia M., (2012), "Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias", en Pitlevnik (dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, nº 13, Buenos Aires, Hammurabi.

Jakobs, Günther, (1995), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons.

— (1997), *Derecho Penal. Parte General, Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2º ed., trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons.

— (2002), *La imputación objetiva en el derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Jescheck, Hans y Heinrich/Weigend, Thomas, (2002), *Tratado de derecho penal*, 5º ed., trad. Miguel Olmedo Cardenote, Granada, Comares.

Kreplak, Ernesto y Luna, Juan Francisco, (2013), "Defensa Técnica ineficaz y revisión amplia en la instancia de alzada", en Pitlevnik (dir.) *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, nº 14, Buenos Aires, Hammurabi.

Lipcovich, Pedro, (2015), "La caída", *Página 12*, Buenos Aires, 3/5/2015.

MacKinnon, Catharine, (2006), "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista", en García Villegas, Jaramillo Sierra, Restrepo Saldarriaga (comp.), *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes.

McColgan, Aileen, (2014), "En defensa de la mujer maltratada que mata", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 15, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella.

Navarro, Guillermo y González Garrido, Raúl, (2008), "Abandono de Personas", en Baigún-Zaffaroni (dir.), *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 4, Buenos Aires, Hammurabi.

Nino, Carlos S., (2007), *Ética y Derechos Humanos*, 2° ed. ampliada y revisada, Buenos Aires, Astrea.

Roberts, Dorothy, (1993), "Motherhood and crime", *Iowa Law Review*, 79.

Rodríguez, Marcela, (2000) "Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas", en Birgin (comp.), *Las Trampas del Poder Punitivo*, Buenos Aires, Biblos.

Roxin, Claus, (1997), *Derecho Penal Parte General*, T. I, Trad. Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, DeVicente Remesal, Madrid, Civitas.

Roxin, Claus, (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Beck. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. Verlag C. H. Beck, München

Sánchez, Luciana y Salinas, Raúl, (2012), "Defenderse del femicidio", en AA.VV., *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

Sancinetti, Marcelo, (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis.

Schneider, Elisabeth, (2000), *Battered women and feminist lawmaking*, Yale University Press.

Schneider, Elisabeth, (2010), "La violencia de lo privado", "La construcción legal de la violencia contra las mujeres" y "Mujeres maltratadas y la elaboración de leyes feministas: definición, identificación y desarrollo de estrategias" en Di Corleto, Julieta (comp.) *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, Libraria.

Schopp, Robert F., (1998), *Justification defences and just convictions*, Cambridge University Press.

Siegel, Reva, (1999), "Regulando la violencia marital", en Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa.

Soler, Sebastián, (1987), *Derecho Penal Argentino*, T. 3, 4° ed., Buenos Aires, Tea.

Stratenwerth, Günter, (1982), *Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible*, 2° ed., trad. Gladys Romero, Madrid, Edersa.

Walker, Lenore, (1999), *The battered woman syndrome*, 2° ed., Nueva York, Springer.

Welzel, Hans, (1976), *Derecho Penal Alemán*, 11° ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Zaffaroni-Alagia-Slokar, (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

CAPÍTULO 2

Problemas dogmáticos y de prueba en la legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia de género

Mauro Lauría Masaro[53] *y Nuria Saba Sardañons*[54]

1. Introducción

La violencia de género es una realidad habitual de muchas mujeres en la República Argentina[55] y el Estado se muestra ineficiente a la hora de comprender el fenómeno y prevenirlo[56]. En consecuencia, resulta lógico identificar una gran cantidad de casos en los que las víctimas de violencia ejerzan su propia defensa. Esta posibilidad se encuentra contemplada en el artículo 34, inciso 6° del Código Penal que, si bien no se refiere específicamente a la violencia de

---

[53] Abogado (UCES). Especialista en Derecho Penal (UTDT).

[54] Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT).

[55] Cf. Informe Nacional de la República Argentina Beijing +20. La línea telefónica 144 recibió 11.505 casos de violencia de género entre el 17/09/13 y el 30/04/14, de los cuales aproximadamente 10.000 corresponden a mujeres. En el año 2012, las comisarías de la Mujer de la provincia de Buenos Aires recibieron 113.309 casos. En el período 2008-2012 recibieron un total de 414.395 denuncias, de las cuales un 76 % (aproximadamente 315.000 casos) corresponde a violencia ejercida por un agresor hombre. Disponible en: http://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/51823/Informe_Argentina_Beijing_20.pdf, visitado por última vez el 5/12/2015.

[56] Las estadísticas que se encuentran respecto de estos hechos se enfrentan a la dificultad de que "... las denuncias policiales como las declaraciones en encuestas dependen de la voluntad de las víctimas de presentar su caso, la cual se ve limitada por el temor, la desconfianza y la vergüenza de las propias víctimas, por la inadecuación del personal y de los organismos encargados de recibir dicho tipo de denuncias, y por la cultura patriarcal que normaliza este tipo de violencia" (Fleitas Ortiz de Rozas y Otamendi, 2012:12).

género, establece que no es punible "[el] que obrare en defensa propia o de sus derechos".

Aunque los casos de violencia de género son frecuentes en nuestro país, no lo son las decisiones judiciales que determinan que una mujer actuó de manera justificada al repeler las agresiones que la damnificaban. De todos modos, en los últimos años, en Argentina, se han dictado una gran cantidad de sentencias de los tribunales superiores de provincia —e incluso, una de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que se expidieron acerca de la configuración de una legítima defensa por parte de una mujer víctima de violencia.

En rigor de verdad, la mayor parte de los criterios judiciales que comentamos fueron favorables a la legítima defensa. Sin embargo, en la mayoría de los casos quedan en evidencia los inconvenientes serios que se les presentan a los tribunales de juicio para resolver este tipo de supuestos. A diferencia de los anteriores, los tribunales de alzada han aplicado —en mayor o en menor medida— las herramientas jurídicas que tenían a su disposición y adoptaron decisiones que favorecieron a las mujeres que actuaron en legítima defensa[57].

A partir de esto nos preguntamos: ¿es suficiente la regulación de la legítima defensa establecida en el Código Penal para dar respuesta a los casos de violencia en cuestión? ¿Es correcta la dogmática de la legítima defensa empleada por los tribunales locales? ¿Existen dificultades que van más allá del cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código sustantivo para considerar justificado el accionar de la mujer que se defiende de las agresiones de las que es víctima?

2. Análisis dogmático de la legítima defensa

Para sostener la antijuridicidad de una conducta se debe determinar si la realización de un tipo penal resultó contraria a derecho.

---

[57] En particular, a nivel internacional, la CEDAW y la Convención de Belem do Pará y, en el ámbito local, la ley 26.485 (Ley de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones interpersonales).

Con este fin se analiza, a la luz de todo el ordenamiento jurídico, si la persona se encontraba autorizada a actuar típicamente. La legítima defensa, por su parte, es una causa de justificación de ese actuar típico. Se autoriza en estos casos a contestar una agresión con otra:

"[e]l fundamento de la defensa necesaria (propia o de un tercero) se ve en el principio según el cual 'el derecho no necesita ceder ante lo ilícito'; de éste surge una doble consecuencia: no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal. Por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo" (Bacigalupo, 2009: 359).

En nuestro ordenamiento penal la legítima defensa está regulada en el artículo 34 inciso 6 del Código Penal, y prevé que no resulta punible el que "obrare en defensa propia o de sus derechos, siempre que concurrieren las siguientes circunstancias: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende".

En los casos de mujeres imputadas por el homicidio de sus parejas (cometido en defensa propia, frente a las agresiones de las que eran víctimas), se presenta en la doctrina la necesidad de analizar estos requisitos con un baremo diferente, ajustado a la mecánica de este tipo de hechos.

Previo a adentrarnos en este análisis, entendemos necesario evaluar ciertos casos que se han planteado en la jurisprudencia argentina para examinar el modo en el que se ha aplicado, en la práctica, esta causa de justificación. Indagamos si se justifica, efectivamente, ajustar la dogmática clásica de la legítima defensa para dar una respuesta adecuada a las mujeres que actúan en defensa propia y, en su caso, en qué casos correspondería hacerlo. Junto al análisis propuesto, estudiaremos cada uno de los requisitos asociados a la legítima defensa. En particular, aquellos que traen aparejados mayor dificultad en los casos de violencia de género.

2.1. La agresión ilegítima

En primer lugar, el Código Penal establece, como requisito para la configuración de la legítima defensa, que debe mediar una

agresión ilegítima. Para que exista defensa, determinados bienes jurídicos de la persona deben encontrarse bajo amenaza. Además, la doctrina ha establecido que este peligro debe ser actual o inminente. Se sostiene que "... una agresión es actual cuando es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue" (Roxin, 2008:618). La discusión gira en torno al momento a partir del cual se puede comenzar a defender una persona. Si es necesario que el agresor comience a ejecutar una conducta típica o si basta con la amenaza inminente.

Al respecto, se sostiene:

"[e]n la agresión actual sólo se podrá incluir junto a la tentativa la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de tentativa. En ese ámbito de los actos preparatorios próximos a la tentativa que ya fundamentan legítima defensa es donde encaja el 'disponerse inmediatamente a la agresión' (por contraposición a la agresión sólo en preparación, que todavía no es actual, y al disponerse inmediatamente a realizar el tipo, que ya constituye una tentativa)" (Roxin, 2008:619/620).

La discusión del caso "XXX s/homicidio agravado por el vínculo", resuelto el 28 de abril de 2014 por la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, radicó en la elucidación del contenido de la agresión ilegítima a la que alude el Código. En dicha ocasión, se hizo lugar a un recurso de casación y se dictó la absolución de XXX por entender que su conducta se encontraba justificada por haber actuado en legítima defensa. En el proceso en cuestión se había probado un contexto de violencia de género del que XXX era víctima. En una oportunidad, incluso, el agresor le había pegado con un palo y debió ser atendida en un hospital por la lesión que le ocasionó. El día del hecho se acreditó que no solo habían discutido sino que fue golpeada por su pareja: la tiró al piso de un golpe y la agarró de los pelos. En ese momento, su hijo mayor intervino, tomó un cuchillo e intento agredir al hombre. Sin embargo, XXX le sacó el cuchillo y lo evitó. A continuación el hombre le pegó al hijo y luego se acercó a ella para continuar con el ataque. Entonces, la mujer le clavó el cuchillo a la altura de la tetilla izquierda.

El tribunal invocó la necesidad de resolver con perspectiva de género y aplicó la normativa que regula la legítima defensa —en particular, la necesidad de que hubiese mediado una agresión ilegítima e inminente— sobre la base de un estándar —supuestamente— más

benigno del que ofrece el Código Penal: "... la violencia doméstica como fenómeno que se arraiga con carácter cíclico en la vida cotidiana familiar debe ser considerado como un 'mal inminente' que —a priori— habilita la materialización de una conducta defensiva". Sin perjuicio de ello, este caso —como muchos otros— se pudo haber resuelto sin necesidad de apelar a este tipo de ajustes en la dogmática clásica. Al respecto, el juez Gandur sostuvo:

"... *aun abstrayéndonos de la perspectiva de violencia doméstica introducida* ut supra, *es posible llegar a idéntica conclusión sobre la 'oportunidad' de la conducta defensiva asumida por la imputada en autos (...) estando la Sra. XXX ante un sujeto de considerable tamaño (...) que ya la había golpeado en otras oportunidades (...) y con su hijo presente (...) mal podría haber interpretado que X había terminado su ataque y que no corría más riesgo su integridad y la de su hijo*".

No sostenemos que los jueces deban abstenerse de resolver los casos considerando una perspectiva de género. Por el contrario, creemos que los operadores judiciales deben apelar a ella y enfatizar en el contexto de violencia en el que tiene lugar este tipo de agresiones defensivas; sin embargo, el enfoque debe tener especial incidencia en los aspectos probatorios del caso y no en el ámbito de la dogmática, como trataremos más adelante.

En casos como el expuesto —u otros en los que la defensa desplegada por la mujer cuadra perfectamente en los requisitos establecidos en el artículo 34, inciso 6 del Código Penal— en los que se haya acreditado una agresión ilegítima e inminente en contra de la mujer, postular una aplicación diferenciada de la norma no parece rendirle ningún provecho. Además, esta interpretación no es aceptada por muchos doctrinarios. En ocasiones, incluso, este tipo de argumentación es resistida por los tribunales, lo que deviene en perjuicio de la imputada, cuya situación debería resolverse mediante la aplicación lineal del Código Penal.

Esto —insistimos— no implica que haya que dejar de contextualizar la agresión defensiva. Por el contrario, resulta relevante aportar toda la información que hace a la violencia de género en la pareja. Pero no debe ser utilizado a los fines de repensar los requisitos de la legítima defensa, sino para reconocer la concurrencia efectiva de un peligro para la mujer y comprender el modo en que reacciona frente al mismo.

En su oportunidad, la Sra. XXX había sido condenada a la pena de 12 años por encontrarla responsable del delito de homicidio agravado por el vínculo, atenuado por circunstancias extraordinarias. Al rechazar la aplicación del instituto de la legítima defensa, la jueza Grellet de Barrionuevo desacreditó los dichos de la denunciante porque entendió que la herida provocada evidenciaba que la acción no había sido con fines de defensa, sino ofensivos. En algún punto, lo que sostenía la magistrada era que, ante la existencia del dolo de homicidio, se descartaba la legítima defensa. Así se evidencia un desconocimiento de la causa de justificación, que parte del presupuesto de que ha existido una conducta típica, que puede ser dolosa.

Lo expuesto da cuenta de que la problemática en este caso no se vinculaba con la existencia o no de una agresión inminente: había quedado demostrado que, previo a la lesión que causó la muerte de la pareja de XXX, había existido una discusión en la que incluso intervino el hijo menor de ambos. Por ende, la no aplicación de esta causa de justificación se basó en la imposibilidad de la imputada de acreditar la legítima defensa; dado que el tribunal no creyó su versión de los hechos[58]. Este déficit, por supuesto, no se relacionaba de modo alguno con la interpretación que se debe realizar del requisito de la agresión ilegítima.

La Sra. XXX relató cómo la violencia escaló hasta el momento en que cometió el homicidio en defensa propia. No solo fue agredida verbalmente, amenazada, sino también golpeada hasta tal punto que cayó al piso por la violencia de los golpes que se le propinaron. Su hijo intentó detener la agresión con un cuchillo y fue la propia XXX quien se lo quitó para evitar que agreda a su padre. Si bien no pudo esclarecerse la circunstancia previa inmediata en la que se generó la lesión, tanto XXX como su hijo fueron contestes en que la amenaza se encontraba latente.

---

[58] Luego analizaremos esta problemática. Se ha avanzado mucho jurisprudencialmente en el sentido de dotar de mayor amplitud probatoria a los procesos en los que la mujer es víctima y denuncia hechos constitutivos de violencia de género. Sin embargo, este avance no se ha visto reflejado en la situación de la misma mujer víctima de violencia de género, cuando se encuentra imputada por la comisión de un delito cometido en defensa propia, en razón de las agresiones de las que era víctima.

Es claro, entonces, que XXX actuó en legítima defensa y que, en la hipótesis que manejaba el tribunal, no era necesario reinterpretar el requisito de la inminencia para legitimar su accionar.

2.2. Necesidad racional del medio empleado

La necesidad racional del medio empleado, en los términos del Código Penal, implica que la defensa deber ser necesaria. Lo será en la medida en que la acción del agredido sea la menos dañosa de las que tuviera a su disposición. Explica Bacigalupo que "[n]o se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión" (Bacigalupo, 2009:369). Esto implica que, en principio, no se va a requerir que exista proporcionalidad entre el daño que se causa con la defensa y el daño que hubiera generado la agresión[69]. Ante los casos de evidente desproporción, se excluirá la autorización para ejercer la defensa. Lo cierto, sin embargo, es que no resulta exigible como requisito que exista proporcionalidad entre los daños, pero sí la necesidad de la acción para impedir la agresión.

Al respecto, Roxin señala:

"... la necesidad de la defensa no está vinculada a la proporcionalidad entre el daño causado y el impedido. Así pues, quien solo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificado por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza" (Roxin, 2008:632).

El BGH (GA 1956, 49) indicó:

"... el defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está

[69] Hay quienes no están de acuerdo con esta posición, y entienden que la racionalidad también conlleva una ponderación como la que se debe realizar en un estado de necesidad justificante.

legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro" (Roxin, 2008:628/629).

El agredido no tiene que correr ningún riesgo, "por lo tanto no es preciso arriesgarse a luchas con los puños si no se está seguro de poder salir sin heridas; y tampoco es preciso efectuar un disparo de advertencia cuando sea posible, si no tiene éxito, ser víctima de la agresión" (Roxin, 2008:629).

Para discutir este requisito legal puede ser interesante detenernos en la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de San Luis el 28 de febrero de 2012, en la causa "G. María L. s/ homicidio simple", en la que se hizo lugar a una impugnación y se absolvió a la imputada por entender que había actuado en legítima defensa.

En este caso, se probó un contexto de violencia de género a partir del testimonio de distintos amigos de la pareja que habían presenciado escenas de celos excesivos de los que G. era víctima. El día del hecho su pareja la golpeaba y amenazaba. La agresión la desplazó hacia la mesa en la que estaba preparando la comida, de donde tomó un cuchillo y, en el forcejeo, le produjo una herida que, luego de 18 días, le ocasionó la muerte.

El Fiscal de Cámara solicitó el rechazo del recurso al descartar que se hubiera evidenciado la existencia de violencia de género y por entender que, además de la agresión ilegítima, era necesario probar la necesidad racional del medio empleado. A su criterio, ello no había tenido lugar dado que la condenada utilizó un cuchillo para defenderse. Sin perjuicio de ello, posteriormente, el Procurador General entendió que se debía casar la sentencia y dictarse una nueva porque se encontraba acreditada la existencia de la legítima defensa.

Al momento de revocar la sentencia, los jueces sostuvieron que la conducta que se le atribuía a la imputada "... constituye legítima defensa dado que, frente a los golpes de un hombre, ella —mujer—, para defenderse, le 'amagaba' con el cuchillo —primer y único elemento que encontró a su alcance—".

El caso expuesto evidencia que, incluso en los términos tradicionales de la legítima defensa, el hecho de que una mujer se defienda con un arma blanca frente a un hombre que solo utiliza sus manos, satisface el requisito legal de necesidad del medio empleado. La utilización de un elemento que aumente el poder vulnerante de la

mujer se presenta como un medio necesario para repeler la agresión y garantizar la defensa.

2.3. La legítima defensa en situaciones no confrontacionales

Existen determinados casos en los que, en cierta medida, se pone en crisis el cumplimiento de los requisitos que tradicionalmente se le han asignado a la legítima defensa; esto sucede, por ejemplo, en los supuestos de defensa en situaciones no confrontacionales[60]. El ejemplo paradigmático de esta clase de defensas se presenta cuando la mujer víctima de violencia mata a su pareja mientras duerme.

Se trata de acciones preventivas para evitar agresiones futuras. Lo que se debe determinar aquí es si este tipo de conductas se encuentran o no justificadas. En particular, se debe responder a la pregunta acerca de si la acción resulta necesaria más allá de que no exista una agresión inminente o si este último requisito puede ser ignorado; en especial, teniendo en consideración que el texto normativo no lo exige expresamente, sino que fue incorporado por la doctrina.

La teoría tradicional —presentada en los acápites anteriores— requiere que exista una agresión ilegítima inminente o actual. Desde esta perspectiva, en los casos no confrontacionales, ante la falta de inminencia de la agresión, no se entiende justificado el accionar de la mujer. En la vereda opuesta se encuentran quienes consideran que estas conductas se encuentran igualmente justificadas. Para ello, renuncian al requisito de la inminencia y sostienen que el criterio determinante de la justificación está dado por la necesidad y la racionalidad de la acción defensiva (y no por la circunstancia de que la acción se haya realizado como respuesta a una agresión actual o inminente).

Para ello, se establece que estará justificado el accionar cuando: "1) la ocurrencia de la agresión futura que se pretende repeler es

---

[60] Esta es la terminología que utiliza Luis Chiesa como traducción de los *non-confrontational self-defense cases*. Sostiene que son agresiones que ocurren en el contexto de "situaciones no confrontacionales" las acciones defensivas que se producen en un momento en donde no existe enfrentamiento o confrontación actual alguna entre el que alega defenderse y el supuesto agresor (Chiesa, 2007:50/57).

prácticamente segura, 2) el futuro ataque no se podrá neutralizar cuando se torne inminente, y 3) la acción defensiva preventiva es la única manera mediante la cual se puede evitar la agresión futura" (Chiesa, 2007:57).

En defensa de esta postura se ha sostenido, asimismo:

"[e]n cuanto a la actualidad de la agresión, la existencia de un ataque físico en curso no es necesaria para la procedencia de la legítima defensa. Copelon entiende que en los casos de violencia doméstica la actualidad también está dada por '... la frecuencia de la brutalidad física y la severidad del abuso psicológico [que] son generalmente determinantes...' La frecuencia puede ser considerada como continuidad, reiteración o permanencia. En la dinámica de la violencia domestica sabemos que las amenazas no son remotas: se convierten tarde o temprano en realidad y/o constituyen en sí una grave agresión psicológica" (Sánchez y Salinas, 2012:194).

Existe una postura intermedia entre estos dos extremos. Esta posición se encuentra consagrada en el Código Penal Modelo de Estados Unidos que no requiere la inminencia de la agresión sino que establece que "el empleo de fuerza contra otra persona" está justificado "cuando el actor cree que el uso de dicha fuerza es inmediatamente necesaria para protegerse de un ataque antijurídico"[61]. Implica la incorporación de una regulación de la inminencia diferente a la que defiende la postura tradicional porque establece que esta califica a la necesariedad y no así a la agresión; no representa, sin embargo, una abolición completa de este requisito.

Por ende, se sostiene que, de acreditarse una situación de necesidad evidente, se podría alegar la legítima defensa aunque no haya existido una agresión ilegítima inminente. Dressler analiza lo expuesto y lo ejemplifica sosteniendo que si a una mujer su pareja le dice: "Perra, termine con vos, voy a arriba a buscar mi arma para volver y matarte". Ella no debe esperar a que vuelva con el arma para realizar la conducta defensiva, porque la inminencia de la necesidad de repeler esa amenaza lo era (Dressler, 2010:1489).

Un caso argentino en el que se presentaba una situación con notas similares a las referidas —aunque, combinada con los problemas de tipo probatorio a los que se va a hacer alusión en el próximo

[61] Sección 3.04 de dicho Código. Traducción de Chiesa, 2007:55.

apartado— es "FC/RECY", de la justicia de la provincia de Mendoza[62]. Allí, la Cámara Segunda del Crimen había condenado a la imputada a la pena de ocho años de prisión como autora del delito de homicidio simple. El hecho que se le atribuía fue descripto del siguiente modo:

"[E]ntre la víctima (...) y la aquí encartada (...), se originó una nueva discusión la cual continuaba en previo entrecruce verbal que se había producido en algunos momentos antes, cuando ambos protagonistas regresaban [a su] domicilio (...), luego de haber realizado unos trámites en el Registro Civil. Tal altercado, fue adquiriendo mayor envergadura cuando la víctima además de insultar a la imputada le arrojó un golpe de puño, por lo que encontrándose frente a aquella, quien en su actividad culinaria manipulaba un cuchillo tipo tramontina con mango de madera, con el cual asestó a la víctima a la altura del tercer espacio intercostal causándole una herida de aproximadamente 8 cm., con perforación en ventrículo izquierdo. Fue entonces cuando la víctima se desplomó en el suelo, por lo que inmediatamente y ante la premura del caso, en forma particular (contando con el auxilio de un vecino), la víctima fue trasladada hacia el Hospital Carrillo, y finalmente derivado hacia el Hospital Lagomaggiore, donde debió ser intervenido quirúrgicamente, no obstante falleció a causa de un Shock, hipovolémico causado por la herida de arma blanca".

La Cámara, al dictar sentencia, descartó la legítima defensa invocada por la imputada. Para ello, explicó que no se habían acreditado con certificaciones médicas golpes en su cuerpo el día del homicidio y que las agresiones verbales habían carecido de entidad para configurar una "agresión ilegítima".

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, sin embargo, frente al recurso deducido por la defensa, hizo lugar al planteo y dictó una sentencia absolutoria. El tribunal, finalmente, tuvo por acreditada la existencia de una agresión por parte de la pareja de la imputada. Sin embargo, a fin de suplir las dificultades que surgían en torno a la prueba de aquel episodio, los magistrados abordaron el caso como si se tratara de un supuesto no

[62] SCJ Mendoza, Sala II, "FC/RECY", rta. 23/06/15.

confrontacional, tomando como punto de partida el contexto de violencia y no la agresión concreta.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal Superior Provincial cuestionó la valoración que había realizado la Cámara de la prueba producida en juicio oral. Así, puso de resalto que el Tribunal de Juicio valoró la prueba tomando en consideración, únicamente, el momento en que se produjo el homicidio, dejando a un lado el contexto de violencia del que era víctima la imputada. En sus palabras: "La Cámara centra el examen de las declaraciones de [D] y [L] y de [MEG], solo en el momento en que [G.B.] es herido por la encausada, y les resta valor probatorio a sus dichos por la relación de parentesco...".

La Suprema Corte mendocina cuestionó estas consideraciones y sostuvo:

"[e]n hechos de violencia de pareja —como el caso concreto— hay que valorar la secuencia de los mismos y los tipos y modalidades de agresiones, y no solo examinar el último momento donde se produce el desenlace fatal. Además, en estos hechos de violencia, generalmente son testigos presenciales los familiares de la pareja, por lo que para garantizar el derecho de defensa de las mujeres debe valorarse la prueba vinculada a la historia de violencia de género de la imputada, y no debe ser minimizada y excluida mediante una visión reduccionista de quienes tienen que juzgarlos, sobre todo cuando los hechos de violencia no han sido denunciados formalmente o no se han obtenido condenas".

Como adelantamos, la Corte entendió que había mediado un supuesto de legítima defensa y, en razón de ello, absolvió a la imputada. Esa determinación fue adoptada sobre la base de las siguientes circunstancias fácticas omitidas por la Cámara:

- El día del homicidio, G.B. desplegó una serie de agresiones contra su pareja desde que salieron del Registro Civil, continuaron en la parada del colectivo, durante el viaje, y se prolongaron en el domicilio donde ocurrió el hecho investigado.
- Con anterioridad, según declaraciones de uno de los testigos, G.B. la había golpeado. Otro explicó que la imputada quería separarse de G.B. pero él la amenazaba de muerte. Finalmente, otra

testigo manifestó que le vio moretones en los brazos por golpes recibidos con anterioridad al día del hecho.

• La imputada se encontraba en situación de vulnerabilidad por encontrarse embarazada.

La legítima defensa se sostuvo, en consecuencia, al tener en consideración que existía una necesidad inminente de actuar como lo hizo la imputada, que estaba determinada por la existencia de agresiones verbales y el contexto de violencia de género. Por ello, en alguna medida, en este caso se flexibilizó el requisito de la inminencia de la agresión para poder considerar aplicable el artículo 34, inciso 6 del Código Penal.

La fórmula contenida en el Código Penal Modelo de Estados Unidos permite justificar las acciones de quienes responden con una agresión física defensiva ante una amenaza probada, aunque solo sea verbal, pero no explica los casos de las mujeres que matan a un hombre mientras duerme. La única manera de justificar los casos de acciones defensivas en situaciones no confrontacionales es mediante la supresión del requisito de la inminencia.

Más allá de la falta de un requisito dogmático como el explicado en la teoría tradicional, otra de las críticas que se le hacen a esta posición es el temor de generar una suerte de "pendiente resbaladiza". Es decir, el temor de no poder establecer un límite claro para delimitar qué homicidios estarán justificados y cuáles no; y la consecuente posibilidad de que existan "falsos positivos". Dressler señala que "... una vez que prescindimos del requisito temporal, nos encontraremos justificando el uso de fuerza letal que pudiera haber sido probada innecesaria, pero al haber matado al abusador hoy, nunca sabremos si este era uno de los casos de falso positivo" (Dressler, 2010:1490).

Chiesa, por el contrario, entiende —con cita de Rosen—:

"si la inminencia se mantiene como elemento de la justificación solamente para asegurar que la defensa sea necesaria, el Derecho no puede ignorar la existencia de necesidad aun cuando ésta se presenta en casos en que está ausente la inminencia de la agresión'. Consiguientemente, cuando hay un conflicto entre necesidad e inminencia, la necesidad de la defensa debe prevalecer" (Chiesa, 2007:57).

La discusión en torno a la posibilidad de admitir o no la justificación de estas conductas típicas de homicidio en casos no

confrontacionales todavía se encuentra discutida en la doctrina y no ha sido receptada por los jueces argentinos.

No obstante, más allá de este tipo de casos, la mayoría de las causas en las que se debe analizar la legítima defensa de mujeres víctimas de violencia de género se pueden resolver sin necesidad de recurrir a una concepción de la legítima defensa diferente de la tradicional.

3. Prueba de la legítima defensa. Principio de inocencia e *in dubio pro reo*

A nuestro entender, el mayor problema vinculado a la posibilidad de alegar un supuesto de legítima defensa en casos de mujeres víctimas de violencia se relaciona con la dinámica probatoria propia del proceso penal. Con independencia de la perspectiva teórica desde la que se analice el instituto de la legítima defensa, existen otros obstáculos que, en la práctica, resultan más difíciles de vencer como aquellos que imponen la redacción de las normas sustantivas.

Las dificultades señaladas están dadas, en primer término, por la carga probatoria que se le impone a aquel que invoca la configuración de una causa de justificación combinado con la circunstancia de que la mayor parte de los supuestos de legítima defensa de víctimas de violencia de género tenga lugar en un ámbito privado. Esto genera que, usualmente, la única prueba acerca de la mecánica de los hechos esté dada por el testimonio de la propia imputada, que suele ser evaluado con mucha desconfianza por los tribunales[63].

Por otro lado, en los procesos penales se suele centrar toda la actividad probatoria en el hecho delictivo que, en concreto, motiva su sustanciación y que derivará en el dictado de una sentencia que determine la responsabilidad de un sujeto por su comisión. En los casos en los que se investigan hechos constitutivos o condicio-

[63] En ciertas ocasiones, se suman los testimonios de niños. Sin embargo, usualmente son descartados por los tribunales por su presunta inmadurez (así, por ejemplo, al expedirse en "FC/RECY", la Cámara Segunda del Crimen de Mendoza sostuvo que "[C]onsidera que el relato de la dinámica de los sucesos por parte de [D] y [L] es "francamente infantil", al no coincidir ambos en la audiencia con respecto al momento preciso en que fue herido González Brizuela por la imputada").

nados de algún modo por violencia de género, es importante la producción de prueba relativa al contexto de violencia que sufre la mujer. La prueba contextual, que en otros procesos podría considerarse impertinente, constituye en este ámbito un elemento fundamental para comprender lo acontecido. Por la inercia con la que los operadores judiciales desarrollan las investigaciones penales o por desconocimiento del fenómeno, este tipo de evidencia no suele ser advertida por los tribunales ni por los fiscales, lo que suele frustrar la posibilidad de acreditar la actuación justificada de la imputada.

El principio de inocencia (artículo 18 de la CN y 8.2 CADH) es uno de los principios fundamentales del proceso penal e implica que una persona no puede ser condenada o tratada como culpable si no se ha probado su responsabilidad en el hecho ilícito que se le atribuye. El principio *in dubio pro reo* constituye una derivación fundamental del principio de inocencia y alude a la exigencia de que, para el dictado de una sentencia de condena, medie certeza de culpabilidad del imputado: "[e]l principio asegura que el estado de duda implique siempre una decisión de no punibilidad (...). Sólo la certeza de culpabilidad, emanada de las autoridades legítimas para pronunciarla, puede modificar la situación de inocencia reconocida constitucionalmente..." (Rusconi, 1997:44). En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó en este mismo sentido que si la prueba que se incorporó al proceso es incompleta o insuficiente, la persona imputada debe ser absuelta[64].

La Corte Interamericana precisó, además, en el Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, que la presunción de inocencia es "un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa" y que debe acompañar al imputado durante toda la tramitación del proceso hasta que adquiera firmeza la sentencia que determina su culpabilidad. Asimismo, el tribunal sostuvo que este derecho implica que la carga de la prueba corresponde a la acusación[65].

---

[64] Corte IDH, entre otros casos, "Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo" Sentencia del 18 de agosto de 2000, párrafo 119, "Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 153 y "Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 26 de noviembre de 2010, párrafo 183.

[65] Corte IDH, "Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia del 31 de agosto de 2004, párrafo 154.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antaño que, frente a la acreditación de un hecho típico, corresponde a la parte que invoca la configuración de una causa de justificación —en lo que aquí interesa, por caso, un supuesto de legítima defensa— acreditar los extremos que la tornen procedente. Así, por ejemplo, el máximo tribunal argentino sostuvo en el caso "Fiscal c/Drago, Antonio y otro":

"El fundamento de la sentencia consiste en que, ante la comprobación objetiva de la infracción, no se acredita la existencia de alguna causal de justificación, no resulta violatorio del principio de inocencia, como se aduce. En efecto, lo que en el fallo se pretende es que quien, frente a una conducta que se tiene por cierta, invoca la concurrencia de una circunstancia o causal de excepción merced a la cual se sustraería a la sanción penal, la demuestre; y no, como se arguye, que el sospechado pruebe su inocencia, esto es, la irrealidad de la imputación[66].

La aplicación concreta de esta doctrina se advierte en el voto disidente del juez Bustamante en el caso "Leiva", resuelto por la Corte de Justicia de Catamarca a raíz de un pronunciamiento previo de la CSJN, que había anulado la decisión adoptada por el tribunal provincial por la violación del derecho de la imputada al doble conforme. En concreto, el magistrado explicó en su disidencia:

"[E]l lamentable hecho que se juzga ha ocurrido en la más absoluta privacidad y por lo tanto conocer exactamente cómo ocurrió es una tarea imposible por lo que las pruebas han de ser analizadas con total prudencia. La carga de la prueba en el proceso penal incumbe a la acusación, pero una vez establecida la intervención del acusado en el hecho ilícito o reconocida por el propio enjuiciado dicha participación aunque con las modalidades y circunstancias descriptas por la defensa, la pretensión de ampararse en la causa de justificación invocada debe ser claramente acreditada por quien la invoca o surgir de un modo inequívoco de las pruebas, no siendo admisible el camino de las meras afirmaciones (CSJN, Fallos 303:1065; 301:616; La ley

[66] CSJN, Fallos 303:1065.

1985-B-529). En el 'sub judice' el casacionista nada probó al respecto, limitándose tan solo a los dichos de la acusada".

El caso "Leiva" es especialmente demostrativo de las dificultades probatorias que surgen en torno a la prueba de los extremos de la legítima defensa; en particular, en casos de violencia doméstica. Es así porque el contexto en el que frecuentemente tienen lugar las agresiones es íntimo (sin testigos ajenos al ámbito familiar) y por la falta de denuncia ante las autoridades estatales de estos sucesos. Por lo demás, estas dificultades convergen en el empleo de razonamientos estereotipados con los que, a falta de otra prueba, se desacredita la versión de los hechos introducida por la mujer imputada.

El proceso comentado tuvo lugar del siguiente modo: la señora Leiva había sido condenada a la pena de doce años de prisión por el delito de homicidio simple. Ello, por haber matado mediante un puntazo con un destornillador a su pareja, con quien convivía. La imputada —que se encontraba embarazada al momento de cometer el homicidio— sostuvo en el marco del proceso que había actuado en legítima defensa, con el objeto de repeler los golpes de su cónyuge. Al respecto, resulta relevante destacar que Leiva (que, según lo manifestado por un testigo, había denunciado al menos una vez ser víctima de violencia intrafamiliar) había sufrido previamente un aborto provocado por los golpes que le propinaba su pareja. En el expediente, además, se desprendía de los informes médicos que se le efectuaron, que contaba con varias heridas en su cuerpo y en su cara y que sufría depresión. Finalmente, tras haber herido a su pareja, Leiva pidió ayuda de forma desesperada, sin lograr salir de la casa (no contaba con llaves) e intentó ella misma detener la hemorragia. Solo logró salir de la casa para concurrir al hospital tras haber violentado la puerta y la ventana.

Al prescindir de todos estos elementos, consistentes con la versión de los hechos proporcionada por la imputada, el Tribunal de Juicio resolvió condenarla por el delito de homicidio simple. Esa decisión fue convalidada posteriormente por la Corte de Justicia de Catamarca. Para ello, se consideraron, entre otras cosas:

- Que algunos testigos afirmaron que no vieron lastimada a la imputada (aunque del informe médico y de las fotos que obraban en el expediente surgía lo contrario).
- Que otros testigos refirieron que inmediatamente después del hecho, habiendo ya salido de la casa, la imputada tropezó y cayó al

piso, de lo que se dedujo —en sentido contrario a la asunción anterior— que en esa caída se produjeron las lastimaduras constatadas.

• La afirmación de una perito que sostuvo que la conducta de Leiva poseía rasgos obsesivos, lo que se consideró un elemento indicativo de su responsabilidad penal, sin citar o basarse en estudios científicos.

La Corte Suprema de la Nación —con remisión al dictamen emitido por la Procuración General— revocó la determinación adoptada por el Tribunal Superior catamarqueño al poner de manifiesto todas las inconsistencias que presentaba el fallo en torno a la valoración de la prueba. A partir de esto, afirmó la violación del derecho de la imputada al doble conforme y reenvió el expediente a la instancia anterior a efectos de que se lleve a cabo una revisión amplia de la sentencia de condena dictada en perjuicio de Leiva[67].

La sentencia dictada por la Corte Suprema aporta pocos elementos para analizar la problemática de la legítima defensa en casos de violencia de género (únicamente las ministras Highton y Argibay toman en consideración la Convención de Belém do Pará y la ley 26.485 para cuestionar la decisión adoptada por el *a quo*).

Sin perjuicio de ello, el caso pone en primer plano el problema al que hacemos alusión en este apartado. El supuesto que se presentaba parecía de resolución simple a la luz de una dogmática clásica de legítima defensa: se ponía de manifiesto de forma palmaria una agresión ilegítima, un medio necesario para impedirla o repelerla y

---

[67] Sin perjuicio de esto, las ministras Highton de Nolasco y Argibay (que se remitió al voto de la primera) efectuaron una consideración más allá de lo sostenido por la Procuración General de la Nación referida a la interpretación que hicieron los jueces provinciales del instituto de la legítima defensa. Si bien ya nos hemos referido a ello, vale la pena reiterarlo: los magistrados de las instancias anteriores habían alegado que, "... aun de aceptarse que hubiera mediado una agresión ilegítima por parte del occiso respecto de la imputada, ha sido ésta quien '... se sometió a ella libremente...', de manera tal que la situación de necesidad se generó con motivo '... del concurso de su voluntad...' y '... por esa razón, no puede invocarla para defenderse...'". El voto de la ministra Highton de Nolasco invocó a partir de ello la Convención de Belém do Pará y la ley 26.485 de "Protección Integral de la Mujer" y concluyó: "... aquella afirmación del a quo para descartar un supuesto de legítima defensa, que a partir del mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en que convivía con el occiso —a la cual asigna, sin más, un carácter voluntario—, deriva que Leiva se sometió libremente a una hipotética agresión ilegítima, no solo soslaya las disposiciones de convenciones internacionales y normas internas que avanzan sobre la materia, sino que lisa y llanamente aparece en colisión con su contenido".

la falta de provocación por parte de quien se defendía. Sin embargo, la causa de justificación que se invocó fue descartada por todos los tribunales que intervinieron en el ámbito provincial. ¿Cuál es, entonces, el obstáculo que se presenta en este tipo de casos? ¿Por qué no prosperan este tipo de planteos?

Un aspecto singular en la prueba de la legítima defensa radica en que, en la mayor parte de los casos, los hechos delictivos sometidos a juicio (aquellos que resultan del acto defensivo desplegado por la mujer víctima de violencia), tienen lugar en ámbitos privados en los que no es posible identificar testigos que den cuenta de lo sucedido. En cierto sentido, podría decirse que se trata de casos de "testigo único" (de la legítima defensa). Esto es, supuestos en los que se cuenta —únicamente— con una versión de los hechos, en esta ocasión, la de la imputada.

A la luz de esto, es llamativo el doble estándar construido por los tribunales para evaluar casos en los que la mujer víctima de violencia aparece como denunciante, de aquel que utilizan cuando una mujer, en la misma situación, se defiende frente a las agresiones que sufre. Es prácticamente unánime la jurisprudencia argentina en cuanto a que es posible llegar a un veredicto de condena solo con el testimonio de una persona, aun cuando se trate de la víctima. Esta situación puede ser ilustrada por la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal. Sobre este punto, se han expedido las Salas I[68], II[69]

---

[68] CFCP, Sala I, causa nº 14.807, "Zallo Echeverría, Juan Manuel", rta. 30/5/2012: "Si se cuenta en la causa únicamente con la declaración de la víctima del hecho delictivo será necesario que el tribunal realice una valoración conjunta de los elementos de prueba que consten en la causa para poder fundar debidamente la sentencia. El imputado "... ha sido condenado en estas actuaciones, mediante una valoración conjunta y conforme las reglas de la sana crítica, de cada una de las pruebas arrimadas en relación al suceso —en especial los testimonios vertidos por la damnificada, los del personal policial interviniente y el reconocimiento en rueda que hiciera la víctima del aquí imputado—" (voto de los jueces Borinsky, Madueño y Cabral).

[69] CFCP, Sala II, causa nº 11.343, "Nadal, Guillermo Francisco", rta. 5/9/2013: "La víctima de un hecho llevado a cabo en solitario —sin terceros presenciales— donde sólo el atacante y la mujer estuvieron presentes, justifica que la fuente de comprobación remita a la denunciante". Existen "... compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino al ratificar la Convención Belém do Pará y sancionar la ley 26.485, que imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y facilitar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres (art. 7.b de la Convención Belém do Pará). (...) Los funcionarios estatales han omitido

y IV[70] que, de modo pacífico, han afirmado que la circunstancia de que obre en el expediente un único testimonio de cargo no constituye un obstáculo para adoptar una sentencia de condena mientras esa declaración sea escrutada de manera rigurosa tomando en consideración todos los elementos de prueba.

Estos criterios, poco exigentes a la hora de tener por acreditada la configuración de un delito (constitutivo o no de violencia de género) contrasta con el estándar probatorio exigido a la hora de considerar la configuración de la legítima defensa.

Los jueces, incluso, se han valido para dictar condenas de versiones que presentaban ciertas variaciones en determinados aspectos de los hechos[71], circunstancia que, como se vio, se encuentra en las antípodas de lo que acontece frente a las alegaciones de legítima defensa en los que cualquier inconsistencia ha servido de pretexto para restarle credibilidad al descargo.

---

toda asistencia a una mujer que, junto con sus hijas, era víctima de violencia de género. Al respecto, no puede dejar de memorarse que en un caso en el que se omitió todo tipo de intervención para hacer cesar la violencia intrafamiliar, a pesar de las denuncias policiales de la mujer que la sufría, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que ello importa la omisión de cumplir con las obligaciones de prevención, y detectó una violación concreta al deber de investigación y sanción oportuna de estos hechos..." (voto de los jueces David, Slokar y Ledesma).

70CFCP, Sala IV, causa nº 16.214, "Portaluppis, Fernando Daniel", rta. 12/7/2013: "Ante la presencia de un testigo en soledad del hecho no cabe prescindir sin más de sus manifestaciones, sino que las mismas deben ser valoradas con la mayor severidad y rigor crítico posibles, tratando de desentrañar el mérito o la inconsistencia de la declaración mediante su confrontación con las demás circunstancias de la causa que corroboren o disminuyan su fuerza" (voto de los jueces Borinsky, Gemignani y Hornos).

[71] Así, por ejemplo, la Sala II de la CFCP ha sostenido en la causa nº 10.224, "Errico, Norberto", rta. 14/11/2012. "... Las razones que brindaron los magistrados respecto del testimonio de la damnificada fueron contundentes, razonables y sin fisuras lógicas. Además, como se ha dicho, se descartaron claramente que las variaciones en el testimonio tuvieran la entidad de dar por tierra la hipótesis acusatoria. [L]a naturaleza del delito del que fue víctima (...) provoca un abanico de incidencias en su persona desde el punto físico, psíquico y de actuación externa. Y a esto hay que agregarle la nueva victimización que importa poner en funcionamiento la vía judicial donde se produce —desde otra óptica— una nueva agresión a la ofendida ya que debe rememorar, una y otra vez, el suceso. En este contexto, no resulta descabellado que hubiera alguna modificación en el relato" (voto de la jueza Ledesma al que adhirieron los jueces Slokar y Figueroa).

Por este motivo, la investigación de casos de violencia de género —independientemente del modo en que la mujer se encuentre vinculada al proceso penal— no puede desarrollarse sin tomar en consideración el contexto en el que tienen lugar. Sin embargo, este contexto es difícil de acreditar debido a que las mujeres no suelen denunciar los hechos de violencia que las afectan. Además, los testimonios de los familiares de la pareja suelen ser considerados con mucha desconfianza por los tribunales por temor a que su versión de los hechos sea "parcial" y se oriente, únicamente, a beneficiar a la imputada. De la misma forma, la declaración de los niños y niñas tienden a ser descartados por su "inmadurez"[72].

Todo esto, en un medio en el que la mujer carga con la prueba de acreditar que actuó en legítima defensa, lo que la coloca en una situación procesal de mucha desventaja.

Respecto a esto, deben considerarse, en primer término, las obligaciones que se derivan de los artículos 8 y 25 de la CADH y 7 de la Convención de Belém de Pará, relativo a los deberes del Estado de investigar, juzgar y reparar las violaciones de derechos humanos y, en particular, la violencia de género. En este sentido, el Tribunal Interamericano ha establecido que resulta trascedente realizar una investigación inmediata, exhaustiva, seria e imparcial frente a estos supuestos:

"La obligación de investigar se debe efectuar con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad"[73].

Además, como lo sostuvo la Comisión Interamericana, la investigación es una etapa crucial para los casos de violencia contra las mujeres, no se puede subestimar su importancia y sus falencias pueden impedir y obstaculizar la posibilidad de identificar, procesar

---

[72] Lo que, desde ya, conlleva problemas propios a la luz del derecho de los niños y niñas a ser oídos (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

[73] Corte IDH, entre otros, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafo 226.

y castigar a sus responsables[74]. A esto cabría agregar, en referencia al conjunto de casos que comentamos aquí, que también afecta las posibilidad de acreditar la legítima defensa.

Para prevenir la afectación de los derechos a los que hacemos alusión, los fiscales deben llevar adelante sus investigaciones tomando en consideración la mayor cantidad de prueba relativa no solo a los hechos en concreto sino, además, al contexto en el que estos se produjeron[75]. Esta evaluación debe efectuarse con perspectiva de género: con conocimiento de la violencia que afecta a las mujeres y valorando su testimonio y los de sus familiares (incluso, los de sus hijos menores de edad) con seriedad.

Acreditado un contexto de violencia de género, entendemos, la carga de la prueba debe dejar de pesar sobre la imputada y debe presumirse que actuó en legítima defensa. A partir de este momento, debería corresponder a la acusación acreditar que, en el caso, la mujer víctima de violencia no actuó amparada por una causa de justificación. Esta postura se encuentra representada, en parte, por la regulación establecida en el Estado de Florida, en Estados Unidos, en torno a esta problemática. Dicha normativa establece que si una víctima de violencia de género consigue una prohibición de acercamiento respecto de su pareja y esta persona viola la prohibición y la mujer lo mata o agrede, existe una presunción legal de que lo hizo justificadamente (Dressler, 2010:1484). Este tipo de regulación se asemeja de algún modo a la que existe en nuestro ordenamiento legal por la que se presume la justificación de quien rechaza el ingreso de un extraño a su casa[76].

Desde nuestro punto de vista, así como el ordenamiento legal estadounidense establece una presunción que opera a partir de la consolidación de una situación jurídica —la prohibición de

---

[74] CIDH, "Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación", OEA/Ser. L/V/II.117, Doc. 44, siete de marzo de 2003, párrafo 137.

[75] CIDH, "Informe sobre Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", nueve de diciembre de 2011.

[76] Art. 34 inc. 6 del Código Penal: "Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa, o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor. Igualmente respecto de aquél que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia".

acercamiento—, si, en los hechos, se acredita una situación de violencia análoga a la que hubiese motivado el dictado de este tipo de medida, la presunción debería operar exactamente en el mismo sentido: debería considerarse que la mujer actuó en legítima defensa y la carga de demostrar que su obrar no se encontraba justificado debería pesar sobre el Estado.

En el sentido indicado, el anteproyecto del Código Penal de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación (Decreto PEN 678/12)[77] establece en su artículo 5, inciso d) una norma de este tipo. Así, consigna que se presume la legitima defensa "... cuando la conducta tuviere lugar en un contexto de violencia doméstica y el agredido hubiere sufrido anteriores hechos de violencia".

4. Conclusión

A lo largo de este trabajo se examinaron distintas sentencias de tribunales de apelación argentinos en los que se analizaron supuestos de legítima defensa de mujeres imputadas, que habían sido víctimas de violencia.

El repaso de estos casos nos permitió advertir, en primer término, que los tribunales suelen descartar la aplicación de la causa de justificación a partir de una comprensión deficitaria del instituto. Quizás acá se pueda hacer alusión a que si bien hubo decisiones de los más altos tribunales que favorecieron la aplicación de esta figura, en instancias previas dicha defensa no había sido habilitada. Los problemas, en concreto, se vinculan con la interpretación de los requisitos de la agresión ilegítima y de la necesidad racional del medio empleado para la defensa.

En relación con la agresión ilegítima, se le ha exigido a la mujer que acredite agresiones que van mucho más allá de la circunstancia de haber sido víctima de violencia en un caso concreto (que es, en definitiva, lo único que demanda el Código Penal). Aun cuando se ha insistido en la importancia de que los tribunales valoren el contexto de violencia en el que se encuentra inmersa la mujer, esto

[77] Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/anteproyecto/anteproyecto-codigo-penal.pdf, visitado por última vez el 5/12/15.

no puede implicar imponerle esa prueba ni, mucho menos, derivar el rechazo de la legítima defensa a partir de la imposibilidad de acreditar ese marco de violencia.

Con la necesidad racional del medio empleado sucede algo similar. Los casos de legítima defensa en supuestos de violencia de género suelen ser descartados por la utilización por parte de la mujer de un elemento que aumenta su poder vulnerante. Sin embargo, la dogmática clásica de la legítima defensa no exige que el medio empleado sea proporcional a los daños que se previenen; únicamente, demanda que el medio sea necesario para impedir la agresión.

Posteriormente, se analizaron situaciones de legítima defensa "no confrontacional". Se presentó la discusión en la doctrina y mencionamos que la justificación de estas conductas no ha tenido recepción en la jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, explicamos que este tipo de casos son marginales y que, en consecuencia, no deben determinar el modo en que se reflexiona acerca de la legítima defensa de mujeres víctimas de violencia. La gran mayoría de los planteos de este tipo pueden resolverse sin inconvenientes por aplicación de la legítima defensa de acuerdo a una interpretación tradicional del instituto.

Por último, hicimos referencia a los problemas que se presentan para acreditar la configuración de la legítima defensa; en particular, en casos de violencia intrafamiliar. La jurisprudencia ha sostenido que aquel que invoca la configuración de una causa de justificación debe acreditar los extremos que la tornan operativa. Esto constituye, en muchos casos, un obstáculo imposible de sortear. Principalmente, porque este tipo de hechos suelen tener lugar en un ámbito privado y por la falta credibilidad que los jueces le suelen asignar al testimonio de la mujer imputada (sobre esto último, además, se marcó un contrapunto con el tratamiento que le suelen dar los jueces a los mismos testimonios cuando la mujer aparece como denunciante).

Frente a esto propusimos que, en los casos en los que hubiere mediado un contexto de violencia que damnificara a la mujer, debía presumirse la legítima defensa: a partir de esta determinación debe ser el fiscal quien cargue con la obligación de desvirtuar la configuración de una causa de justificación.

Por lo demás, para la acreditación del contexto de violencia de género se debe tomar en consideración el testimonio de la mujer imputada del mismo modo en que se lo hace cuando se presenta como denunciante y el proceso se centra en la imputación que se le dirige a su agresor.

Bibliografía

Fleitas Ortiz de Rozas, Diego y Otamendi, Alejandra, (2012), "Mapa de la Violencia de Género en Argentina", *Documento de Trabajo de la Asociación para Políticas Públicas*, Buenos Aires.

Bacigalupo, Enrique, (2009), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

Roxin, Claus, (2008), *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Madrid, Editorial Thomson Civitas (Traducción de la 2° edición alemana. 1997).

Chiesa, Luis Ernesto, (2007) "Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia anglosajona", *Revista Penal*, n° 20/2007.

Sánchez, Luciana y Salinas, Raúl, (2012), "Defenderse del femicidio", en AA.VV., *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación.

Dressler, Joshua, (2010), "Feminist (or "Feminist") reform of self-defense law: some critical reflections", en *Marquette Law Review*, 93(4).

Rusconi, Maximiliano, (1997), "Principio de inocencia e 'in dubio pro reo'". isponible en http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174765.pdf

CAPÍTULO 3

Eximentes de responsabilidad penal en los casos de mujeres víctimas de violencia

Leonardo Pitlevnik[78] *y Pablo Zalazar*[79]

1. Introducción

En los últimos años han tenido una importante visibilidad los casos de mujeres imputadas, bien sea de cometer por sí mismas delitos de abandono de personas, lesiones graves o incluso homicidio de sus hijos, o bien de no haber impedido los delitos cometidos por otras personas, también en contra de sus hijos. El contexto de violencia vivido por la mujer ha tenido un papel esencial en la búsqueda de soluciones que puedan tener como consecuencia la impunidad a partir, principalmente, de la exclusión de la antijuridicidad, o del reproche, o solo una disminución en la pena. El caso de una mujer golpeada que da muerte al agresor, se presenta como el paradigmático de violencia y es, también, el supuesto que más ha sido analizado[80].

---

[78] Profesor Adjunto Regular (UBA). Director Académico del Centro de Estudios de Ejecución Penal (UBA). Director de la publicación Jurisprudencia Penal de la CSJN. Juez Penal de la Cámara Penal de San Isidro.

[79] Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Máster en Derecho Penal (Universitat Pompeu Fabra - Universitat de Barcelona).

[80] En cuanto a su recepción por la jurisprudencia en nuestro país en lo relativo a evaluar el tipo de agresión al que es sometida la mujer, véase Leiva, CSJN, "Lei-

Otros delitos se han visto alcanzados por este efecto en la medida que se reconoce en ellos la incidencia de la situación de subordinación o violencia vivida por la mujer implicada. En el caso de la trata de personas, por ejemplo, la Ley argentina prevé que las víctimas no serán punibles por cualquier delito que sea resultado directo de haber sido objeto de trata[81]. Otro ejemplo es el de las mujeres imputadas por falso testimonio cuando en juicio niegan haber sido víctimas de una violencia que antes, bajo juramento, habían declarado sufrir. También se ha imputado participación o instigación al delito de quebrantamiento de pena o desobediencia a mujeres que reanudaron una relación afectiva con la persona a quien el Estado había impuesto una prohibición de acercamiento.

Más allá de esos supuestos, el modo en que la violencia opera sobre la mujer que realiza un tipo penal requiere que ese concepto sea entendido del modo amplio en que aparece definido en la ley 26.485, de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales[82]. La incidencia podrá ser medida de manera diferente de acuerdo a cada tipo de violencia analizado y su intensidad. Pero no puede ser soslayada su existencia ni el modo en que condicionan o determinan las conductas de las mujeres que la sufren.

En el presente trabajo nos dedicaremos especialmente al primer grupo mencionado, es decir, al de mujeres involucradas en la muerte, lesión o abandono de sus hijos. Luego haremos una breve reseña de lo que ocurre con el delito de trata, atento a que en este caso es la propia ley la que trae supuestos de no punibilidad. Por último mencionaremos algunas variantes ligadas a otros tipos de delitos.

---

va, María Cecilia s/homicidio simple", rta. 1/11/2011, ST Tucumán, "Seco, Teresa Malvina", rta. 28/4/2014, ST San Luis, "Gómez, María Laura s/homicidio simple – Recurso de Casación", rta. 28/2/2012; C.Cas.Pcia. Bs. As., "DAI s/Recurso de Casación", rta. 18/2/2009.

[81] Artículo 5° de la ley 26.364.

[82] El artículo 4° la define como toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Los arts. 5 y 6 prevén los tipos de violencia (física, psicológica, sexual, simbólica, económica y patrimonial) y su modalidad (doméstica, institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obstétrica y mediática).

Se verá que la subordinación de una persona a otra es evaluada de manera diferente según el estrato de la teoría del delito en que se la ubique como factor determinante de exclusión o atemperador de pena. Si bien la respuesta que se ofrece desde la dogmática o la jurisprudencia es variada, parece ser la afectación de la culpabilidad el espacio que tiene mayores posibilidades de éxito dentro del modelo dogmático continental. Cuando no se recurre a la imputabilidad, se atribuye a esa subordinación, sujeción o temor la restricción de la capacidad de obrar de una manera diferente (que para algunos autores importaría la afectación de una categoría propia a la que llaman "atribuibilidad" o responsabilidad por el hecho (Bacigalupo, 1987: 247 y ss.; Maurach y Zipf, 1994: 568 y siguientes).

Si bien son cada vez más los tribunales que intentan aproximarse a una mirada de género que reduzca o neutralice la pena, existen todavía aquellos que se niegan a ampliar la perspectiva fuera de los cánones tradicionales. Cuando igualmente eximen a las mujeres, recurren a vericuetos dogmáticos que, a veces, parecen ignorar la realidad que están llamados a reconocer y respecto de la cual deben decidir. Razonamientos pobres con final feliz, podría malamente decirse. El historial de violencia se vuelve invisible a los ojos de los jueces que se refugian en teorías dogmáticas (falta de dolo, error inevitable) para atenuar o excluir la pena[83].

---

[83] Un caso paradigmático es el resuelto en causa 14.007 del TOC 2 de San Isidro seguida a una joven madre, Yanina González, por abandono de persona de su pequeña hija. Se trató de una fuerte golpiza propinada por un padre que ya había tenido antecedentes de violencia para con la madre y habiéndose probado que la imputada había acudido a un centro comunitario unos días antes, y mostró allí moretones en el cuerpo de la niña que la madre atribuida a una caída. El proceso tuvo cierta relevancia y fue seguido en los medios. En la puerta del edificio de los tribunales, donde se llevaba adelante el juicio, se cortó la calle invadida por colectivos de mujeres pidiendo libertad para Yanina, calificando a la fiscal interviniente de femicida y con pintadas en las paredes exigiendo el fin de una justicia patriarcal. El tribunal finalmente absolvió a la joven, aunque sin ninguna fundamentación en el sometimiento de la acusada (registraba antecedentes de haber sufrido violencia de género, presentaba cierto retraso madurativo y estaba embarazada al tiempo de la muerte de su hija, del mismo hombre que golpeó a su hija y a ella misma). En lugar de pivotar sobre la situación de violencia y maltrato a la que estaba sometida Yanina, los jueces fundaron la absolución en una falta de dolo, en "una errónea consideración acerca de las cualidades del estado de salud que presentaba su hija", por considerar que la joven no supo de la situación de riesgo sufrida por la niña hasta que ya fue demasiado tarde.

2. La exención de responsabilidad penal por inculpabilidad

Quizás una de las mayores dificultades que trae la perspectiva de género en el análisis de los casos penales es que pone en cuestión la lógica estandarizada con la que el ejercicio del poder punitivo responde al estímulo del delito cuya existencia está llamado a contrarrestar. Si bien una de las consecuencias de los reclamos de los movimientos de mujeres ha sido la producción de nuevos delitos con mayores penas (en sintonía con la lógica mencionada: el derecho penal como garante de bienes jurídicos e inhibidor de los ataques contra éstos), también es cierto que, por otro lado, han puesto de manifiesto la falta de flexibilidad de un instrumento que aun pensado en esa lógica, opera muchas veces con movimientos lentos, pesados y, finalmente, iatrogénicos.

Hay una tensión entre el presupuesto de la existencia del delito (y las formas estereotipadas en las que el Estado responde a este estímulo) y la comprensión del contexto (que pone en jaque esa respuesta estereotipada). En lo primero, estamos ante una regulación general dictada por un cuerpo legislativo representando la voluntad popular que determinó que mentir en una investigación penal o desobedecer una orden judicial es tan grave que debe ser inhibido o contestado con una pena de parte del Estado. En lo segundo, se trata de reconocer que ese esquema ideal aplicado al caso concreto puede resultar pobre o, incluso, contraproducente.

Volvamos a la respuesta punitiva y al modo en que se excluye a las mujeres víctimas de violencia cuando se trata de la comisión de delitos realizados en ese contexto. Mencionamos antes a la exclusión de la culpabilidad, respuesta que abre por lo menos dos cauces distintos. Por un lado, permite al Estado habilitar soluciones sin afectar el sistema general de imputación. Por otro, la misma conceptualización tradicional de la culpabilidad puede reforzar la lógica de subordinación debido al riesgo de estigmatización de las mujeres implicadas.

En cuanto a la primera cuestión, si se libera de pena por la falta de reproche, la construcción de la definición de ilícito penal del modo tradicional queda intacta. Desde este punto de vista, no hay costo político en decir que es inculpable la mujer que mata al marido dormido, miente al declarar que nunca la golpearon, participa del reclutamiento de víctimas de trata siendo ella misma sometida a

explotación o acepta pasivamente el filicidio de su hijo perpetrado por el padre. Recurrir a la falta de tipicidad o más aun, a la existencia de una causa de justificación, supone la afirmación de la licitud del acto y, por ende, la invalidez de una eventual reacción estatal que pudiera impedirlo. Para exponerlo más claramente, en uno de los ejemplos, esa vía interpretativa afirmaría que es lícito y permitido que una mujer víctima de trata someta a explotación a otra o mienta cuando ha jurado decir la verdad ante la autoridad judicial.

Villegas Díaz menciona que esa es la vía preferida por la jurisprudencia chilena y es por ello que tiende a absolver a las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar que matan a los hombres autores de dicha violencia, por medio de la exculpación por inexigibilidad de otra conducta; más específicamente, mediante el instituto del miedo insuperable (Villegas Díaz, 2010: 149/174). En el mismo sentido, refiere Di Corleto el caso de una mujer víctima de violencia que dio muerte al marido golpeador mientras dormía (un caso de la Corte Suprema del Estado de Kansas, en los EE.UU.), donde no se aceptó que pudiera haber legítima defensa, pues ello importaba legitimar una ejecución extrajudicial (Di Corleto, 2006:860/870).

En la solución de la inculpabilidad el Estado continúa afirmando la ilicitud de cada uno de esos actos: sostiene la prohibición de matar a otro, de incurrir en falso testimonio, de someter a trata o de desproteger a los hijos de agresiones injustas; pero se abstiene de penar en el caso concreto. El Estado disculpa el hecho ilícito cometido que, en cuanto ilícito, queda intacto.

El segundo problema que surge en el uso de esta solución es su carácter estigmatizante. En la forma tradicional de definir a la culpabilidad, la persona imputada es identificada como incapaz de responder al llamado normativo. El Código Penal argentino, para referirse a la inculpabilidad, menciona la incapacidad de dirigir las acciones o comprender la criminalidad del acto (artículo 34, inciso 1°). La inculpabilidad ubica a la receptora de ese calificativo en un margen desdibujado, portadora de un status general de menor capacidad. Algo así como la *capitis diminutio* latina, referida a la carencia de voluntad autónoma, de capacidad para adoptar una decisión por la que deba responder. Las mujeres así salvadas del castigo, quedan demasiado próximas a los razonamientos por los que no se las habilitaba a ejercer la patria potestad, adoptar ciertas profesiones o a manejar su patrimonio. La incapacidad para comprender o actuar conforme a un mandato normativo afirmada en la comisión de un delito, se proyecta sobre otros actos de la vida social.

De este modo, la disculpa provoca un efecto diminuente sobre la persona disculpada reforzando los presupuestos de subordinación. Cristina de Maglie, cuando se refiere a las defensas de los delitos culturalmente motivados, refiere el efecto de estereotipo derivado de la debilitación de la credibilidad y el prestigio del grupo étnico del que forma parte el imputado. La comisión de un delito respecto del cual el Estado se vuelve "más comprensivo" para atenuar o excluir la pena, cuelga como un sambenito del grupo al que pertenece. Las defensas en estos casos conllevan costes sociales muy altos pues para defender a un individuo se denigra a su cultura (De Maglie, 2012:125-126).

La categoría de culpabilidad se refiere a lo que una persona determinada está en condiciones de realizar cuando comete un delito, a su ámbito de libertad, a aquello que puede elegir y no a presunciones propias de la pertenencia a un grupo que, de otro modo, serían una suerte de categorías de semi-imputabilidad o imputabilidad disminuida. De nuevo, adviértase que en el momento en que afirmamos que alguien es menos culpable por ser quien es, se expande la contracara de un derecho penal de autor que, aunque intente expresarse de un modo que beneficie a la persona a quien se dirige (en este caso, con menos pena), se vuelve caldo de cultivo para invadir lo que se predique de esa persona en su conjunto.

3. Algo más sobre la categoría llamada culpabilidad

Individualizada la acción y agotadas las categorías de tipicidad y antijuridicidad, la culpabilidad es algo que se dice de una persona y no de su hecho. Cuando se llega a este nivel de análisis, la realidad, en cuanto conflicto que habilitó la intervención del poder penal, ya ha sido deconstruida en su "objetividad". La descripción del pasado ha finalizado en cuanto narración del hecho atrapado por la ley penal y solo nos quedan personas aisladas, cuya participación en ilícitos penales ya se ha afirmado, y respecto de quienes el Estado debe decidir sobre la base de sus condiciones personales.

El derecho penal, menciona Malamud Goti, es esencialmente precario, simplifica los procesos como si fueran monocausales, estigmatiza al receptor del juicio de reproche y absuelve a los que quedan afuera. Sostiene que nuestra necesidad de individualizar a

un culpable nos es inevitable porque las conductas atrapadas por los tipos penales son (o debieran ser) descripciones de hechos intolerables para la vida en comunidad. No soportaríamos que ciertos hechos aberrantes no puedan ser adscriptos a aquel que identificamos como su autor[84].

Una vez identificado un conflicto, determinada su adecuación a un tipo legal ilícito y descubierta la imputación hacia alguien, lo que sigue es el análisis minuciosamente individual de los requisitos de la categoría de culpabilidad. ¿Pudo esta persona motivarse por la norma, haber actuado de manera diferente, haber elegido la licitud? ¿Le era exigible haber actuado de otro modo, le es reprochable el resultado o el riesgo acaecidos? Es por eso que el concepto de culpabilidad, erigido desde los cimientos mismos del liberalismo entendido en su mejor versión, se basa en la dignidad de las personas, en su condición de sujetos capaces de dar cuenta de sus actos, de responder por ellos; miembros de una comunidad reconocidos como seres racionales capaces de decidir y con derecho a que sus decisiones sean respetadas.

Los intentos de correr al derecho penal de la forma precaria referida por Malamud, donde se lee el conflicto en términos de binomio, autor y víctima, buscan entender esa dinámica de manera diferente, de modo que no permanezcan ocultos el peso del contexto, la existencia de otros intervinientes, la supuesta neutralidad de un estado que mediante su no intervención favorece determinados procesos y, finalmente, la evaluación de las situaciones por las que atraviesan determinadas personas para finalmente "elegir" la comisión de un delito.

Los niños y adolescentes, los alcohólicos, las personas con insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades, las mujeres víctimas de violencia, son algunos de los grupos que las prácticas, las leyes, la jurisprudencia o la doctrina, han delineado como candidatos a perforar la categoría de culpabilidad. Ello se debe a la comprensión de escenarios o historias personales que efectivamente afectan sus elecciones, las condicionan o, incluso, las determinan.

---

[84] Cuando se afirma que el derecho penal es de última ratio se quiere decir que la gestión de los conflictos interpersonales debe pasar muchos filtros antes de experimentar con la respuesta punitiva y cuando ésta aparece, lo hace con sus categorías binarias de prohibido/permitido; culpable/inocente; merecimiento/no merecimiento de pena (Malamud Goti, 2004:35; Malamud Goti, 2008:206 y siguientes).

Como una serpiente que se come la cola, la explicación y consecuente disculpa de la comisión de delitos a partir de la historia de sometimiento o privaciones vividas por el autor, o experiencias traumáticas que le han generado un déficit a partir del cual se comprende y minimiza su infracción, puede erosionar la culpabilidad al punto de neutralizar el castigo: las mujeres por su sometimiento a un universo patriarcal; los desaventajados por su alienación con respecto al sistema de derechos y, ya en el plano individual, una historia personal que permita entender por qué un sujeto determinado no pudo contenerse y llevó adelante una conducta que la ley prohíbe bajo amenaza de pena[85].

El análisis de la culpabilidad es el producto de un largo camino que debió trazar el Derecho Penal liberal en el cual el concepto de persona y libertad resultan esenciales. La responsabilidad individual indelegable e intransferible (que importa la prohibición de penas infamantes transmisibles a familiares o a generaciones futuras) y la libertad, como fuente primera de un Estado de derecho y reconocimiento del sujeto en tanto tal, están enraizados en la idea de dignidad humana[86].

La culpabilidad entendida como capacidad de obrar de acuerdo a los mandatos normativos, de motivarse por la norma, de actuar conforme a derecho en cuanto capacidad del sujeto, ha sido tradicionalmente asociada, en los supuestos de su ausencia, a discapacidades del actor. Se suele afirmar que la tipicidad y la antijuridicidad se predican del hecho, pero la culpabilidad se refiere al autor. Una corregida definición de delito lo describiría como una acción culpablemente típica y antijurídica.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina señala que la culpabilidad presupone la capacidad de autodeterminación y la conciencia moral y se opone a la cosificación de los seres humanos. El reproche medido en pena se funda en haber escogido el ilícito

---

[85] Si la historia de un sujeto golpeador puede ser vista como la de quien se ha visto sometido a conducirse en función de las reglas de un sistema patriarcal ¿cuánto de ello podrá ser tenido en cuenta para aminorar también el castigo en su caso? Se abordará la cuestión más adelante, al tratar la ausencia de dolo.

[86] Zaffaroni, Alagia y Slokar, por ejemplo, refieren que la prescindencia de la culpabilidad lo sería también de la "antropología constitucional", es decir, del concepto de lo humano que presuponen los principios constitucionales (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002:651).

cuando se tuvo la posibilidad de comportarse en conformidad con la norma. La pena, dice la Corte, debe ser proporcional a la culpabilidad que refleja el ámbito de autodeterminación para ejercer su conciencia moral de acuerdo a las capacidades en el caso concreto. La Constitución siempre ha considerado al ser humano como un ente dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de escoger entre el bien y el mal y cualquier jerarquización de personas por considerarlas inferiores es derecho penal de autor. No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y solo en cuanto se pueda reprochar al autor. Se podría afirmar la inexigibilidad en el caso concreto si un exiguo resto de autonomía volviera irracional la exigencia de comprensión a los efectos punitivos[87].

Los autores han entendido que es culpable quien podía comprender el llamado de atención de la norma y tenía capacidad de autocontrol, de modo que le era psíquicamente asequible actuar conforme a derecho. Se ha dicho que se trata de un reproche ético por la decisión en contra de la norma, pues de otro modo se negaría la dignidad de la persona humana y su conciencia. También que la culpabilidad en función de la constitución psíquica es la capacidad para decidirse en forma autodeterminada a favor o en contra de la comisión del hecho. Se la ha definido como el poder actuar de otro modo, pues el ser humano tiene autodeterminación moral libre, responsable y es capaz por ello de decidirse por el derecho y contra el injusto (Roxin, Claus, 1997:792-807; Zaffaroni, 2002:655-6; Frister, 2011:363).

Se advierte que en la medida en que la culpabilidad sea entendida como una falta o un defecto en la capacidad para tomar decisiones, es muy difícil divorciar las formas de exclusión de la culpabilidad de otras conclusiones que *a fortiori* terminaran recayendo sobre esa misma persona. El calificativo de inimputable, terminología clásica para denominar a quien no es capaz de ser culpable, tiene indudablemente un contenido descalificante.

También se ha definido a la culpabilidad como el déficit que afecta la fidelidad al derecho. Habría disculpa si, en determinado contexto, no se puede exigir que se obedezcan las normas. La culpabilidad

[87] Del voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, considerando 36, en CSJN, "Maldonado, Cristian", rta. 7/12/2005, y del voto de Maqueda, considerando 6° en CSJN, "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado", rta. 8/4/2008.

se sostiene en función de cómo afecta la acción del autor el reconocimiento general de la norma. En el juicio de culpabilidad se debe establecer "cuántas presiones sociales se le pueden achacar al autor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuántas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros —incluso la propia víctima—". Si dado un supuesto determinado se entiende que es el Estado a quien debe responsabilizarse y no al individuo, es aquel al que se desplaza la carga de la responsabilidad por considerarlo causante del proceso que llevó al crimen. Aquí, el concepto de culpabilidad tiene una dimensión social y no una desvalorización del individuo. Su mantención se basa en la ausencia de una alternativa de organización preferible (Jakobs, 1997:582/583)[88].

Gargarella afirma la incompatibilidad del castigo a las personas que no pueden identificarse con una ley que no crearon, que no pueden desafiar razonablemente y que las relega a la situación de víctima en función de la privación de derechos al que son sometidas de manera sistemática, lo que habilita (señala con cita de Duff) a su excusación o cierta forma de justificación parcial[89].

Del último señalamiento parece desprenderse que, tradicionalmente, la culpabilidad se ha visto atravesada por nociones de dignidad de la persona y conciencia moral y la inculpabilidad por las de incapacidad, desorden mental o afectivo, enfermedad o causales propias de la conformación del sujeto.

4. El infanticidio, entre la culpabilidad y el injusto

Un ejemplo histórico que nos permite ver el modo en que los penalistas clásicamente han abordado afectaciones a la culpabilidad

---

[88] En cuanto al desplazamiento al Estado, ejemplifica con el delito de odio hacia una minoría por un régimen injusto y analiza la posibilidad de disculpa del autor cuando fue el Estado quien lo ha movido al odio.

[89] Es interesante que, aunque lo toma del pensamiento marxista, Gargarella utilice para referirse a estos casos el concepto de alienación legal. En tiempos de los positivistas, el alienado era el enfermo (de hecho, el diccionario de la RAE lo define como loco o demente), de modo que la misma palabra, desde otras fuentes vuelve a posarse en el lugar donde se decide la inculpabilidad (Gargarella, 2008:27 y siguientes).

en delitos protagonizados por mujeres es la figura de infanticidio, derogada en el año 1995.

La atenuación de pena conformaba un caso claro de cuestiones de culpabilidad llevadas al tipo. No se trataba de un menor grado de injusto, sino de aminorar el reproche por las condiciones personales de la autora en función de un criterio que algunos autores denominaban "fisio-psicológico". También se discutía si el tipo hacía referencia a los efectos que efectivamente produce ese estado sobre el psiquismo, a una presunción de que la madre sufre una alteración patológica de su psiquismo o si solo se trata de un límite temporal sin que resulte necesario recurrir a cuestiones vinculadas al estado real de la autora concreta luego de haber dado a luz. Entre los que sostenían esta posición se señalaba como obvio que una verdadera psicosis de puerperio importaría una inculpabilidad absoluta del artículo 34 inciso 1° del Código Penal (Núñez, 1988:120; Creus, 1993:24; Soler, 1992:82).

Ya derogada la figura, su efecto se proyecta de tal manera que, en casos de mujeres que matan a sus hijos o hijas momentos después del nacimiento, la jurisprudencia muchas veces no puede resistirse a citar el texto derogado. La propia Corte argentina en "Tejerina", mencionó el estado puerperal, "fobias psicastevias o verdaderos estados de aberración, sin olvidar, por último, la psicosis puerperal". Se mencionaron las psicosis puerperales, trastornos depresivos, descompensaciones psicoemotivas, conductuales y/o psicosomáticas, trastornos y disfunciones de la capacidad psíquica global con incidencia en la capacidad de culpabilidad, reacciones de "corto circuito" sin la intervención de la "personalidad total" favorecidos por ciertas "personalidades deficitarias o desequilibradas"[90].

La discusión en torno a la menor culpabilidad femenina en un delito que expresamente incluía la cuestión en la formulación del tipo, se centraba en argumentos de corte médico, en la definición de una patología propia de las mujeres madres. Una psiquis afectada por el parto que podía derivar en situaciones incluso de inculpabilidad con cuadros de "psicosis maníaco depresiva o de una esquizofrenia" (Soler, 1992: 79). Las razones de menor culpabilidad que se referían con relación a la figura derogada giraban en torno a cuestiones de disminución del reproche en función de juicios acerca de la psiquis de la posible autora y que contenían parte del

[90] CSJN, "Tejerina, Romina Anahí s/homicidio calificado", rta. el 8 de abril de 2008.

discurso compartido por los penalistas de la primera mitad del siglo XX en cuanto a la culpabilidad de las mujeres[91].

Resulta llamativo observar de qué modo la aplicación de la figura adecuada requería dos condiciones: que fuera en estado puerperal y que, además, tuviera como fin ocultar la deshonra. Debe tenerse en cuenta que los hijos nacidos fuera del matrimonio civil recibían un trato inferior (clasificados en naturales, adulterinos, incestuosos y sacrílegos), de modo que la propia regulación legal de la familia producía la idea de deshonra de las maternidades ilegítimas (Di Corleto y Pitlevnik, 2006: 69 y siguientes). A los efectos de nuestro análisis, se puede apreciar que la ley "entendía" que determinados escenarios construidos a partir de la posición de subordinación que le era asignada a la mujer habilitaban a tener en cuenta una penalidad tan distinta que el castigo pasaba de la pena perpetua a una escala que habilitaba la condenación condicional. El peso de la deshonra como causal de atenuación es tal que en otro caso afín al infanticidio, como lo es el específico delito de abandono del hijo poco después de su nacimiento, ya ni siquiera era necesario recurrir a las condiciones psíquicas de la madre[92].

Las figuras especiales de infanticidio y abandono atenuado de un recién nacido son útiles para pensar las causas por las que el Estado atenúa o, en su caso, excluye la pena en función de las condiciones en que se realizan: mujeres que han parido hijos en contextos tenidos por deshonrosos o que serían motivo de vergüenza. Mientras el

[91] Julieta Di Corleto señala que en los inicios el siglo XX, si bien no terminaban por reflejarse en las decisiones judiciales, los estudios sobre criminalidad femenina solían vincular la posible exención de responsabilidad penal a histeria, psicosis, neurosis, estado puerperal o perturbaciones debidas al período menstrual, "habilitaban la argumentación sobre la menor responsabilidad de la mujer o su exención absoluta de pena". Señala que "las enseñanzas sobre el prototipo de la mujer criminal hacían esperable que la magistratura fuera especialmente receptiva a la necesidad de comprobar el margen de salubridad mental de las mujeres y, en consecuencia, su mayor o menor grado de responsabilidad frente a sus delitos" (Di Corleto, s/f).

[92] El abandono del hijo por parte de la mujer, "poco después del nacimiento, para ocultar su deshonra", tenía una pena de un mes a un año de prisión. Si a consecuencia del abandono sobrevenía la muerte, de uno a cuatro años (artículo 107 del Código Penal, texto según ley 17.567 (B.O.: 12/1/1968). No se ahonda aquí en las cuantiosas ramificaciones en torno al infanticidio y el abandono de un recién nacido, teniendo en cuenta que también había penas reducidas para parientes, con invocación de emoción violenta en el caso del abandono.

estado puerperal intenta atrapar un cuadro psíquico afín al concepto clásico de culpabilidad, la finalidad de ocultar la deshonra parece encabalgarse entre la culpabilidad y el injusto; la finalidad habilitaría a pensar en un hecho de menor gravedad.

5. El abandono y el homicidio de los hijos en contextos de violencia de género

Al iniciar este trabajo mencionamos la visibilidad que han adquirido los casos de mujeres que matan, lesionan o abandonan a sus hijos, o que dejan que otros los lesionen o maten.

Los razonamientos utilizadas por los jueces para exponer las razones de una menor punibilidad o la absolución recorren carriles diferentes:

5.1. El desamparo como argumento: La idea de desamparo y de limitación de opciones para actuar se presenta como una vía clásica que incluso aparece prevista desde 1921 en el artículo 41 del Código Penal cuando se refiere a la calidad de "los motivos que lo determinaron a delinquir", especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos. De algún modo es la idea de alienación legal mencionada por Gargarella, la exclusión del sistema es tan evidente, el desamparo de quien cometió el hecho típico llega a un nivel tan dramático, que se suspende el poder de reacción estatal como respuesta punitiva. Llevado al cuadro específico de imputaciones a mujeres, es el tipo de razonamiento que se aprecia en algunos de los jueces de la Corte Federal en el caso "Tejerina". El tribunal resolvió, en contra de los intereses de la defensa, ratificar la decisión del Superior Tribunal de Jujuy que había confirmado la condena de una joven que había matado a puñaladas a su hijo recién nacido, a la pena de 14 años de prisión por la comisión de homicidio agravado por el vínculo, con circunstancias especiales de atenuación. Nos interesan en este punto los votos de los jueces que, en minoría, votaron por la absolución (Zaffaroni y Fayt) o la imposición del mínimo de 8 años (Maqueda), quienes valoraron, en favor de la joven imputada, que ella tuvo un parto sorpresivo. Alumbró en el baño, sola, sin ayuda de nadie pese a haberla requerido, carecía de cualquier atención elemental, había ocultado el embarazo a parte de su entorno, había sido víctima de malos tratos familiares, había abandonado el hogar paterno por las

violencias protagonizadas, que su nivel de instrucción era bajo, su capacidad de comunicación se hallaba considerablemente reducida por efectos de episodios traumáticos, le faltó asistencia o consejo durante el curso del embarazo, evidenciaba un estado de desamparo de parte del padre de la víctima y de su propia familia y se hallaba inmersa en una completa carencia de recursos y de vivienda. Más allá de que varias de las consideraciones pueden proyectarse en situaciones diversas, el eje de la mirada se centra en que se trata de una joven que termina un embarazo llevado adelante en condiciones miserables y da a luz sin la mínima contención. Maqueda, en su voto a favor de la imposición de la pena mínima de ocho años de prisión, señalaba que aun cuando reste un grado de autonomía que por su exigüidad sea jurídicamente despreciable, debe entenderse que estamos ante la inexigibilidad de otro curso de acción, por resultar irracional, en esos casos, la exigencia de comprensión a los efectos punitivos.

En la misma línea, en el caso "Trapasso" el Tribunal Oral en lo Criminal 17 recurrió en varias oportunidades a la cita de los votos de Zaffaroni y Fayt en Tejerina y a partir de la situación atravesada por una madre que dio muerte a su hija recién nacida en el baño de un hospital recurrió a la historia de maltrato y sometimiento, para completar el cuadro absolutorio[93].

5.2. Miedo, coacción, amenazas: La exención de culpabilidad por miedo insuperable o amenazas conforme se ha desarrollado *in*

[93] Una mujer de 37 años, de escolaridad primaria, operaria de limpieza en un hospital, abusada en su pubertad por su padre —que a su vez desde que ella era pequeña se hallaba en conflicto con la ley penal—, proveniente de una familia muy pobre, abandonada por sus parejas anteriores en estado de gravidez, que asumió sola un embarazo y la crianza de su primer hijo, con la ayuda de una madre que no dejaba de reprochárselo, rechazada al quedar embarazada por su pareja quien le pidió que "se lo sacara", y luego por su madre quien la amenazó con "echarla de su casa", que seguía trabajando en actividades no aconsejables por su estado, que dio a luz sola en un baño del hospital a una niña de 2700 gramos, sin asistencia médica, un parto complicado y en un ámbito sumamente desfavorable que hacía peligrar no solo la vida de la criatura, sino también la de la propia parturienta. El tribunal tuvo en cuenta todo ello cuando finalmente resolvió que la imputada había padecido un brote psicótico que, por tal, originó una perturbación en su psiquis que le produjo una alteración morbosa de sus facultades mentales (artículo 34, inciso 1°, del Código Penal), la cual le impidió comprender la criminalidad del acto. TOC 17, "Traspasso R.V.", rta. 27/10/2015.

extenso en el trabajo, también ha sido una respuesta utilizada por la jurisprudencia al decidir la exención de pena. El Tribunal de Juicio de Concordia, Ente Ríos, en causa seguida a Andrea Zapata, del 12/6/2013 decidió eximir de pena a quien había sido acusada de homicidio calificado en comisión por omisión de dos de sus hijos que habían sido brutalmente golpeados y muertos en su presencia por quien era su pareja y a quien había ayudado a enterrar los cuerpos. El tribunal tuvo en cuenta que la violencia desplegada contra los niños también había sido utilizada durante la convivencia contra la imputada (golpizas, patadas en la panza estando embarazada, golpes con objetos contundentes, obligación de comer excrementos o comida en mal estado, haber sido mojada con alcohol y prendida fuego, además, el imputado le había arrancado una uña del pie con una pinza, la había quemado con cigarrillos, amenazado con matarla a ella y a sus hijos si informaba la situación de los niños). El fallo por aplicación del artículo 34 inciso 2 del Código Penal y con cita de doctrina relacionada al miedo insuperable como causal de exculpación (Mir Puig, Jescheck, Varona Gómez) señala que la "violencia física y psíquica, malos tratos crueles y crónicos, que implicaban la posibilidad actual e inminente de que se efectivicen en cualquier momento de la convivencia, llevaron a una despersonalización de la imputada, que la indujeron a la paralización, lo cual importa una causa de inexigibilidad o no exigibilidad para que obrara en forma distinta de la infracción". El tribunal superior de Entre Ríos confirmó el pronunciamiento con mención a esta causal (y algunas otras referencias a las que nos dedicaremos más adelante)[94].

---

[94] Para una perspectiva en el derecho estadounidense, Skinazi, 1997:993. En cuanto a otras decisiones de los tribunales locales, cierto es que no siempre se muestran permeables a la exculpación (porque la situación no es tan clara, porque no todo sometimiento a la violencia exculpa o porque el nivel de exigencia es mayor). En RNO s/recurso de casación" y su acollarada "AEdV s/recurso de casación, la Sala III del Tribunal de Casación Bonaerense, el 15/4/2010 entendió que la mujer, con una historia vital de "permanentes episodios de agresión y violencia, desplegados primero por su familia y luego por su pareja, aptos para producir confusión y desorientación" y de tener por probado que se trataba "de una persona sometida a stress crónico, además de haber desarrollado una conducta dependiente dentro de la pareja, con una fuerte relación de dominación por parte de R" (el coimputado) debió haber intervenido ante los golpes de R. que dieron muerte a su pequeña hija.

5.3. Fallos asépticos: Otras veces los tribunales operan mediante una forma de razonamiento en el que la situación de desamparo es mencionada para dar peso a su argumentación, aunque la decisión termina vehiculizándose por carriles formalmente asépticos y sin compromiso con la situación en su conjunto. La sensación que dejan al lector es que no se dice expresamente que esa violencia exculpa, pero termina constituyendo uno de los fundamentos ocultos de la decisión. La fuerza convictiva depositada en lo que parece un *obiter*, como la simple referencia contextual de un tema que se analiza desde una perspectiva dogmática, atraviesa la argumentación haciendo caer la decisión absolutoria por su propio peso.

En esta línea se inserta el fallo "Ovando", dictado por el Tribunal Oral en lo Penal n° 1 de El Dorado, Misiones, el 28 de noviembre de 2012. Se trata quizá de uno de los casos más difundidos por la prensa, en el que se imputaba a la acusada haber abandonado a su suerte a su hija de tres años de edad y débil estado de salud. Entre otros argumentos, su defensa planteó que, por las condiciones en las que vivía, la imputada desconocía el riesgo al que estaba expuesta su hija. El tribunal aludió en la sentencia a un historial de violencia y de vulnerabilidad, situaciones de pauperización, su empleo a los once años como empleada doméstica; el hecho de que a los trece fuera ofrecida por la familia a una persona que la doblaba en edad, para una relación conyugal no consentida en la que sufrió violencia física, psicológica y sexual desde el comienzo de la adolescencia, que terminó en un embarazo a los catorce años. Señalado todo lo anterior, la decisión absolutoria se basó en la inexistencia de los presupuestos objetivos del delito de abandono de persona, porque o bien la madre de la niña hizo lo que debía hacer para no "dejarla librada a su suerte", o porque en el entorno familiar existía otra persona que podía brindarle a la niña los cuidados necesarios para evitar ese mismo resultado, es decir, que ante la situación de desamparo, fuera la suerte la que decidiera su destino. La decisión absolutoria parece haber sido moldeada por el contexto de violencia al que fue sometida la mujer acusada, pero los fundamentos dogmáticos habrían sido igualmente válidos sin la referencia a ese contexto, por lo que dejan sin una respuesta clara el interrogante acerca de cuál fue el peso específico de la historia de la imputada[95].

[95] Dentro de este mismo grupo ingresa el fallo mencionado en la nota 4.

5.4. Ausencia de dolo: Los jueces han recurrido en otras oportunidades a la falta de dolo, para valorar la situación de quien, habituada a la violencia, parecía haber "normalizado" escenas que, en realidad, importan violencia, riesgo o sometimiento. Se trataría de algo similar a los casos que refiere Günther Jakobs con el concepto de "habituación al riesgo en los delitos de resultado". Si se quiere usar el concepto, una "normativización" del dolo, serían supuestos en los que se relativizan las categorías psicológicas habituales sobre las cuales se determinan la imputación por dolo y su contracara, el desconocimiento o error de tipo. Se considera que las circunstancias subjetivas que responsabilizan o exoneran a un ciudadano en el contexto de la comisión de un hecho objetivamente típico tienen que ser, a su vez, reprochables al acusado96 (Jakobs, Günther, 1997 b:197/208).

Si se trasladaran los conceptos de Jakobs a los casos de mujeres víctimas de violencia, que son a su vez imputadas por la comisión de delitos en perjuicio de sus hijos, o por no haber impedido la comisión de delitos contra ellos por parte de terceros, se produciría una "habituación (no reprochable) al riesgo", por las experiencias previas de violencia de una mujer en esos casos. El hecho de haber aprendido, "a la fuerza", a vivir en un determinado escenario, impide reprochar subjetivamente el hecho ocurrido en esa situación. Si

---

[96] El ejemplo que utiliza Jakobs para explicar su punto de vista se refiere al modo en que los conductores de automóviles, por la necesidad impuesta por la vida, se acostumbran a convivir con el riesgo de accidentes, en la medida en que no "temen por la propia vida" cada vez que otro incurre en una infracción de tránsito que, solo de modo estadístico, genera riesgos de accidentes (por ejemplo, conducir un vehículo manteniendo, detrás del propio, a un automóvil que no respeta la distancia de seguridad impuesta reglamentariamente), de forma tal que, cuando es el propio conductor que aprendió a convivir con el riesgo quien comete una infracción de tránsito (por ejemplo, no respetar la distancia de seguridad con el vehículo que se desplaza delante suyo), él probablemente no tome en cuenta el riesgo de accidentes y/o de daños para otras personas o cosas. Traducido al caso de mujeres víctimas de violencia, el razonamiento sería que si la vida, la sociedad o un victimario las forzó a aprender a convivir con un entorno violento sin temer constantemente por el riesgo de sufrir lesiones serias o incluso perder la propia vida, entonces esa pérdida de consciencia del riesgo también sería aplicable cuando el entorno violento afecta a otra persona que se encuentra a su cargo. Para una mirada dogmática más tradicional, sería un error sobre un elemento normativo; así como no se entiende que cierta conducta es obscena, tampoco se entiende que cierta agresión es portadora de riesgo.

alguien vivió un historial de violencia en contra de su propia persona sin haber sufrido daños serios, entonces su experiencia concreta puede impedirle pronosticar aquello a lo que quizá otras personas sí puedan anticiparse, esto es, que sus propios hijos sufrirán daños o serán víctima de violencia por parte de terceros.

De este tenor parece ser uno de los cursos argumentativos utilizados en la mencionada absolución de "Andrea Zapata" confirmada por el Superior Tribunal de Entre Ríos el 5 de marzo de 2014[97] al referirse al desconocimiento de la madre sobre el riesgo sufrido por su hijo. El Tribunal, si bien terminó utilizando la vía normativa del miedo insuperable que ubicó en las amenazas del artículo 34 inciso 2 del Código Penal, sostuvo también con relación a la imputada que "la 'normalidad' que revestía la violencia en su historia (...) no le permitió, dentro de este vínculo, percibir los enormes niveles de peligro a los que se encontraban expuesta ella y sus hijos, ni la forma de salir de esta relación"[98]. A partir de lo anterior, en el fallo se considera que la madre nunca tuvo conocimiento de que sus hijos eran víctimas (o potenciales víctimas) de delitos cometidos por un tercero. Se trataría de una falta de dolo, fundada en la imposibilidad de imputarle a la mujer una omisión. Los jueces —que finalmente hicieron prevalecer cuestiones de culpabilidad— sostuvieron mediante este carril autónomo que la mujer habría "negado y subestimado el peligro y que su imposibilidad de cortar el vínculo violento, la ha llevado a alejarse y aislarse respecto de cualquier contacto con otras personas que no fueran su pareja, reforzando de esta manera su incapacidad para neutralizar las agresiones y de recibir ayuda para salir del círculo de violencia en la relación de pareja", para lo cual aludieron al "síndrome de la mujer golpeada", la "impotencia aprendida" y a la ausencia en la imputada del registro de un modelo de familia que le permitiera considerar la violencia como algo inaceptable.

El razonamiento expuesto llevaría a concluir que, si la mujer no era consciente del riesgo al que estaban expuestos sus hijos, careció del dolo que requiere una condena por el delito de

---

[97] Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, "Álvarez, Víctor J.; Zapata, Andrea S. s/homic. calif.", rta. 5 de marzo de 2014.

[98] Una afirmación de este mismo tenor aparecerá en el fallo KSN de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, que se analizará a continuación.

homicidio[99].Un razonamiento de este tenor podría llevar a excluir también el dolo del autor; en este caso, de coimputado pareja de Zapata que efectivamente mató a golpes a los dos niños. Bastaría usar la misma vía: un hombre criado en un ambiente de violencia contra mujeres y niños podría aducir que su experiencia concreta (incluso la violencia que él pudo haber sufrido como niño) tampoco le permitía pronosticar el resultado fatal o le habría impedido tener un conocimiento real del peligro de sus acciones. Conforme se trata en el fallo, el razonamiento en cuanto a las mujeres parece anclarse en que, además, su sometimiento a la violencia habría impuesto esa inhibición para pensar el resultado lesivo. Aquí parece filtrarse una idea de culpabilidad más que de dolo (y que por ello se cristaliza luego en la absolución por el artículo 34 inciso 2 del Código Penal). La persona imputada no está en condiciones de conocer más porque la violencia le ha enseñado a no saberlo, le fue erosionada la capacidad de comprender el valor negativo de la conducta. Aunque se aluda a un conocimiento de un elemento valorativo del tipo (y por lo tanto a una definición de dolo), la razón parece en realidad estar vinculada al reproche. El déficit del conocimiento es una consecuencia aprendida por una historia de violencia y sometimiento. Aquello que define la decisión es el temor, descripto no necesariamente como el miedo puntual a una agresión, sino como el resultado de una construcción paulatina y cotidiana en la que la parte más débil aprende las consecuencias de no satisfacer a quien tiene el poder.

5.5. El sometimiento de la mujer a situaciones de violencia: Una cuestión que también se aprecia en ciertas decisiones judiciales es la referente a la idea de que la mujer se somete voluntariamente a una

---

[99] Un punto interesante es que, a los fines de determinar el grado de representación subjetiva con relación al hecho que se le imputa, las experiencias previas de esa persona podrían ser un elemento de juicio que condujera, contrariamente a lo que sostiene la sentencia, a atribuirle a la persona acusada una "consciencia mayor a la media" acerca de la exposición de los niños a riesgos, si se trata de una persona que vivió, ella misma, situaciones similares. En esas condiciones, en una primera aproximación a la cuestión, podría pensarse que todo aquel que, por sus propias experiencias, tiene mayores posibilidades de anticiparse al curso de los sucesos, es más reprochable si, a pesar de ese mayor caudal de información acumulada, no evita el resultado. Es decir, se trataría de una imputación o atribución de circunstancias subjetivas (conocimientos, representaciones, etc.) con apoyo en las experiencias previas del acusado. No obstante ello, el fallo considera que, más allá de las experiencias previas, la mujer no es imputable por su desconocimiento.

relación violenta, argumento que se erige en obstáculo para eximirla de pena. La condena se basa en exigir la huida a la mujer y solo en caso de que ello no sea posible, subsidiariamente, admitir la respuesta violenta (Villegas Díaz, 2010:158 y 170; Di Corleto, 2006).

Si bien es un caso relacionado con la legítima defensa y no de abandono o lesiones a sus hijos, entre líneas, se puede observar una crítica a este argumento, en los votos concordantes de las juezas Highton de Nolasco y Argibay, en el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Leiva, María Cecilia" del 1 de noviembre de 2011[100].

Allí, las dos Juezas de la Corte afirmaron, a modo de censura contra la sentencia del Superior Tribunal de Provincia, que el mero hecho de la permanencia de la imputada en el domicilio en el que convivía con el hombre de cuyo homicidio se la acusaba, no implica el sometimiento libre de la mujer a una hipotética agresión ilegítima por parte de aquel hombre, y que a dicha convivencia no cabe asignársele, sin más, un carácter voluntario[101].

La cuestión de la voluntariedad del sometimiento a una relación de pareja violenta también fue analizada en el fallo "KSN"[102], de la Cámara Federal de Casación Penal. En ese caso el tribunal revocó una decisión de un tribunal que había condenado a una mujer por abandono de persona seguido de muerte. Se le imputaba la muerte de su hijo de tres años, que padecía una peritonitis aguda que le ocasionaba vómitos y fuertes dolores abdominales y, a pesar de haberse representado el riesgo, no le brindó el tratamiento necesario.

Ambos progenitores venían condenados en la instancia anterior. El padre era quien estuvo con el niño mientras evolucionaba el cuadro que lo llevó a la muerte. La madre había creído primero que se trataba de un malestar hepático o indigestión, lo había llevado al médico y seguido las indicaciones que al principio se basaron en síntomas equívocos de una enfermedad menos grave. Después de eso, el padre la había llamado a su trabajo para avisarle que el niño estaba morado y que debía volver a atenderlo. Esta omisión de la madre fue considerada constitutiva del delito, pero la casación

[100] CSJN, Fallo "Leiva, María Cecilia s/homicidio simple", rta. 1/11/2011.

[101] Considerando 5° del voto de la jueza Highton de Nolasco y considerando 2° del voto de la jueza Argibay.

[102] CFCP, Sala II, "KSN y otro", rta. 21/2/2013.

consideró que la mujer no tenía conciencia acerca de la gravedad de la situación debido al vínculo de violencia, control e intolerancia al que era sometida por su pareja. Pudo haber entendido que la llamada era otra de las exigencias desmedidas que padecía a diario.

La Cámara de Casación cuestiona que el Tribunal hiciera pesar en contra de la imputada que ésta no se hubiera separado de quien maltrataba a su hijo. Para ello pasa revista a la historia personal de la imputada: ausencia de un modelo de familia sin violencia, el haber sufrido reiteradamente agresiones físicas y violaciones en el ámbito intrafamiliar de parte de quienes debían protegerla; cambios repetidos de hogar y familia; una infancia desprovista de contención y de afecto; una primera experiencia de convivencia con un sujeto que la golpeaba constantemente y le causó el aborto de un embarazo avanzado, y luego la abandonó estando nuevamente embarazada. La Cámara de Casación entendió —y en este sentido el fallo parece acercarse al grupo descripto en el apartado b— que para la joven se había naturalizado un modelo de violencia que no le permitió percibir los enormes niveles de peligro a los que se encontraba expuesta, ni la forma de salir de esta relación[103].

Más allá de lo anterior, y después de haber concluido que no se hallaba acreditado el dolo, el Tribunal jerarquiza el contexto, y sostiene que, en esas condiciones, es inadmisible culpabilizar a la imputada por los hechos ocurridos en el marco de una situación de violencia de la que ella misma fue víctima.

6. El sometimiento a trata y el consentimiento de las mujeres

La ley 26.364, en su artículo 5°, establece que "las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata".

---

[103] Es interesante destacar que uno de los argumentos empleados por la defensa para lograr la absolución de "K" se refería a que ella sufría "una personalidad *borderline* o limítrofe", lo cual traería aparejada "una limitada capacidad para evaluar el riesgo de la situación que culminó en la muerte de su hijo". Si bien la Cámara no se hizo eco de este argumento, el solo hecho de que él integre la estrategia de la defensa merece una señal de alarma, no por las consecuencias de la defensa individual, sino por las implicancias que la generalización de argumentos de ese tipo podrían tener en relación con la "autonomía" de las mujeres en situaciones similares.

El sentido de la norma es ampliamente entendido como la consecuencia de falta de culpabilidad de parte de la persona comprendida en la ley (Colombo y Mángano, 2013:11/20; Anitua, 2013:33/40). Es el mismo patrón interpretativo conforme el cual el consentimiento dado por la víctima de trata no es eximente de responsabilidad para el autor, conforme lo dispone el artículo 2 de la ley 26.364, modificada por la ley 26.842[104].

La misma falta de libertad que determina la imputación por trata de personas aun con el "consentimiento" es la que se traduce en la causa de exclusión de la culpabilidad de quien, sometida a trata, comete un delito en el marco de ese sometimiento.

El TOC Federal de Mar del Plata, en el caso "Sánchez, Jorge Daniel y otros", eximió de pena a una mujer dominicana respecto del delito de trata de personas con fines de explotación sexual en función del artículo 5° de la ley 26.364. El tribunal entendió que la imputada —una mujer de bajos recursos económicos, migrante, con patologías psicológicas y psiquiátricas, víctima de violencia física en distintos momentos de su vida, discriminada por ser extranjera e indocumentada, con hijos a su cargo y un bajo nivel de

[104] Con esa lente, en "GMS y otros", la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, el 24/11/2009, entendió que el consentimiento de la víctima era falto de discernimiento, intención y libertad, "una aquiescencia viciada en su origen o fundamentación, de falsa apariencia y desvinculada de una voluntad libre, resultado de la situación de pobreza, desamparo y carencia de alternativas".
La Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, el 26/05/2009, en "NCJ" consideró que las particulares circunstancias personales de las mujeres víctimas, su situación familiar y económica evidenciaban un grado de debilidad y vulnerabilidad tal, que era demostrativo prima facie de que el consentimiento para ejercer la prostitución se encontraba afectado de alguna u otra manera por las características particulares de los sucesos previos o por la desamparada situación en que se encontraban las víctimas antes de su reclutamiento.
En "OMGR", el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 08/02/2010 juzgó irrelevante el consentimiento dado por las víctimas de trata con un historial de privaciones, maltratos físicos y psicológicos, sometimiento a trabajos sexuales y domésticos, a la requisa de sus documentos y a la creación de una deuda económica que las volvía dependientes de sus captores/acreedores.
Por último, en un fallo del 2/06/2009 ("Actuaciones instruidas s/infracción ley 26.364"), el Juzgado Federal de La Pampa sostuvo la falta de libertad para decidir de quienes se hallaban endeudadas, sin dinero para decidir cuando regresarse a su país, necesitadas de trabajo para enviar dinero a sus familias, ejerciendo una actividad estigmatizante, y peleadas con sus madres debido a su trabajo.

instrucción— se hallaba en situación de vulnerabilidad. Consideró que "la aplicación de una pena en este caso significaría volver a victimizar a una mujer que ya ha sufrido los embates de la violencia de género en su país y en el nuestro, donde no conoció otra realidad que la de someterse a la explotación inescrupulosa de terceros"[105].

En una clara identificación de las razones de la impunidad con la exclusión de la culpabilidad, el Tribunal sostuvo que la regulación legal se fundamenta en "una presunción *iure et de iure* de la restricción de la libertad de autodeterminación de la víctima de trata frente a la comisión de un ilícito" y que en este caso fue posible advertir que la imputada "no era sino otra víctima del siniestro engranaje que implica el delito de trata de personas, tratándose de una persona tanto o más vulnerable que aquella a la que sedujo en su país con una realidad distorsionada sobre su actividad laboral en la Argentina". El tribunal, además, pasó revista sobre el modo en que el sistema de explotación en el caso de trata agrava la vulnerabilidad, limita la capacidad de decisión de las víctimas forzadas al desarraigo y a la pérdida de lazos de confianza, de lugares a los que recurrir o de un contexto que las pueda contener. La situación de vulnerabilidad importa que la persona interesada no tiene más opción verdadera ni aceptable que someterse al abuso. Señala el tribunal que "resulta necesario, entonces, extender la protección estatal a esta víctima del delito de trata, que ha sido encontrada responsable de la comisión de un ilícito como resultado directo de su condición de vulnerable, que es lo que ha tenido en cuenta el legislador con el dictado del artículo 5 de la ley 26.364".

Ahora bien, en casos como estos, en los que la condición de infractora es una consecuencia directa del sometimiento sufrido y, haciendo suyas la palabras de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el "Informe sobre acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", el tribunal resaltó el riesgo de operar a partir de estereotipos sobre cómo deben comportarse las "buenas mujeres" y pasar por alto el contexto y la forma en que muchas mujeres víctimas de violencia actúan de la única manera que encuentran posible para atravesar esa situación de vulnerabilidad.

---

[105] TOC Federal de Mar del Plata, en el caso "Sánchez, Jorge Daniel y otros", del 13/5/2014.

El supuesto de la ley 26.364 es la expresión del viejo adagio según el cual no hay pena sin culpabilidad. La norma, más que habilitar excepcionalmente un supuesto, muestra una grieta por donde constitucionalmente es válido sostener la exclusión de pena.

7. La exención de pena en otros delitos

La eximición de responsabilidad penal probablemente sea vista con más plausibilidad en los casos en que se imputa una conducta que puede afectar bienes jurídicos colectivos o difusos. Quizás incida el hecho de que no hay allí una "víctima inocente" que deba cargar con las consecuencias de la acción amparada por una eximente de coacción.

En el caso del delito de quebrantamiento de pena o medida de seguridad del artículo 468.2 del Código Penal español, se ha sostenido que el consentimiento o la incitación de la mujer para que aquel que había sido proscripto por violento vuelva al hogar puede ser analizado como un supuesto de atipicidad (por extinción de la causal que determinó la exclusión del hogar), como un delito cometido por el obligado a la pena o medida y, en tercer lugar, se ha resuelto castigar al obligado y a la mujer protegida por la decisión anterior en orden al delito de quebrantamiento. Según esta tercera alternativa la mujer sometida a violencia que, habiendo logrado una exclusión bajo el título de pena o medida cautelar o de seguridad, invita luego al mismo hombre a su casa, participa del delito de quebrantamiento. Lo complejo de la situación es que la respuesta formal podría resultar ciega con relación al tipo de conflicto que debiera conjurar. En otras palabras, si la situación de violencia incluye el propio sometimiento de la damnificada, resulta problemático discernir si esta respuesta empodera a la mujer en función de volverla responsable o, directamente, ignora las características del conflicto aumentando la presión sobre la parte débil (Montaner Fernández, 2007:14 y siguientes).

Una cuestión parecida sucede con el falso testimonio de la mujer que en el debate se desdice de una declaración anterior en la que había afirmado ser víctima de violencia. Larrauri cita las *no drop policies* del derecho estadounidense, que impiden retirar los cargos, de modo que un arrepentimiento posterior en nada afecta el proceso ya iniciado. De este modo se pretende evitar que el autor tome cualquier medida destinada a torcer la prueba. Menciona la autora que la exigencia de

sostener la versión de cargo, dio lugar al arresto y el encarcelamiento de mujeres atacando su autonomía y criminalizando a aquella persona a quien el sistema debiera excluir de un espiral de sometimiento y violencia. Dice Larrauri, que esta respuesta parte de una profunda incomprensión de lo que importa el maltrato, de los temores y necesidad de las mujeres en estos contextos. La cuestión no es fácil, pues la opción de no hacer nada se traduce en evitar la presión a la mujer pero sin privilegiar el valor de su primera declaración, lo que deriva en absoluciones por falta de pruebas (Larrauri, 2008:174 y siguientes).

El efecto de la violencia sufrida por la mujer se extiende también a supuestos en los que el falso testimonio no tendría relación con un hecho que la damnifique directamente, pero que pueda importar una imputación contra la persona de quien, se presume, recibe malos tratos. La Sala II de la Cámara Federal de La Plata eximió de responsabilidad penal a una mujer procesada por falso testimonio que se había retractado de su primera declaración, en la que inculpaba a su pareja, a quien le había atribuido la tenencia no autorizada de varias armas de fuego. En el curso del proceso la mujer se desdijo, ya que afirmó allí que su pareja no sabía que las armas estaban en la vivienda. Lo interesante es que el Tribunal entendió que resultaría aplicable la excusa de coacción (artículo 34 inciso 2 del Código Penal), ya que el hombre con el que la mujer mantenía una relación de pareja fue considerado sumamente peligroso, lo cual llevaba a que las retractaciones en su testimonio no pudieran ser entendidas como un acto ejercido con plena libertad, sino como producto de la presión sufrida por la mujer a fin de aliviar la situación procesal de su pareja y de esa manera evitar posibles reprimendas o castigos para con su persona[106].

La jurisprudencia norteamericana registra un caso asimilable al del falso testimonio. Se trató de un delito contra la salud pública cometido por una mujer víctima de violencia, cuyo ámbito de

[106] C.F. La Plata, Sala II, causa "GYN", resuelta el 15 de octubre de 2013, disponible en http://www.cij.gov.ar/scp/include/showFile.php?acc=showFAR&tipo=fallo&id=62116963&origen=SGU. Un caso de estas características también da lugar a cuestiones interesantes en materia de prueba y de valoración de la prueba, ya que la exclusión de la voluntariedad en la segunda declaración testimonial de la mujer implicaría, también, la preferencia por la primera declaración, incriminatoria con respecto a otra persona, quien naturalmente preferiría que se haga valer la segunda, y no la primera, declaración de la testigo (Larrauri, 2008).

determinación se habría visto reducido por las amenazas de sufrir un mal grave en caso de que no accediera a facilitar o arreglar una transacción de drogas[107].

Los sistemas jurídicos, incluso la jurisprudencia interamericana, han aceptado dentro de ciertos límites la utilización de testigos de identidad reservada[108], circunstancia que avala la idea de que, frente a un riesgo concreto, existen motivos razonables para disculpar a un testigo que evade la confrontación. Dicho criterio habilita una concepción al menos permeable cuando se trata de pensar la exclusión de pena de quienes declaran falsamente llevados por el miedo.

8. Observaciones finales

¿Son las cuestiones relacionadas con el género un estándar sistemático que permite leer el encuadre normativo hacia la exclusión de la responsabilidad de las mujeres en un momento anterior a la culpabilidad, o es el perdón, la disculpa, es decir, el mundo del reproche, el que aparece como válvula de escape?

La respuesta basada en la exclusión de pena por razones que tradicionalmente se ubican en la culpabilidad o, según las subdivisiones de los autores dentro de la clásica definición continental de delito, en la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, parece seguir siendo el patrón más utilizado. La coacción, que tradicionalmente aparece como uno de los supuestos de exclusión de la culpabilidad, se transforma en aquello que en realidad la coacción produce en quien realiza la conducta contraria a la ley: el miedo insuperable. Dicho miedo insuperable, en un escenario en el que la mujer vive sometida a malos tratos, se muestra como un continuo, un producto de un vínculo de sometimiento en el que ya no es un

---

[107] Este fue el supuesto de hecho que juzgó un tribunal estadounidense, comentado en Montgomery, 1996: 385. El fallo y su comentario se refieren principalmente a interrogantes procesales, acerca de la admisibilidad de un "testigo experto" para que se refiera al síndrome de la mujer golpeada y a la "impotencia aprendida" en casos de venta de drogas.

[108] Cf. Corte IDH, "Caso Norin Catriman y otros vs. Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014, párrafo 242 a 247. También el Tribunal Europeo de DD.HH. ha validado tales declaraciones (Cf. TEDH, "Krasniki vs. República Checa del 28/5/2006", "Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido del 15/12/2011", entre otros).

acto determinado el que da lugar al temor, sino que dicho temor se encuentra instalado, se ha vuelto permanente, un componente más de la vida cotidiana.

Desde el punto de vista argumentativo, una decisión de este tenor porta el riesgo de estigmatizar a la supuesta beneficiada porque se le anula la personalidad. Sus decisiones son producto de un proceso causal ajeno a ella o, peor, que la tiene a ella también como víctima[109]. Si no está en condiciones de decidir entre lo bueno y lo malo, es poco el margen de actuación que terminaremos reconociéndole. A modo de ejemplo, ¿siempre que una mujer que es (o fue) víctima de violencia declara en juicio, su palabra será menos creíble? Si fuera así, la estigmatización no solo perjudicaría a la mujer, por la disminución del valor y la estima de su relato, sino que también perjudicaría a aquella persona que, en principio, se vería beneficiada por su declaración. Del mismo modo en que la sociedad no construye reglas generales a partir de situaciones excepcionales, no es esperable que se genere el descrédito de la palabra de las víctimas de violencia en todo contexto.

Muchos de los casos que hemos revisado dan cuenta de condiciones de sometimiento violento, de acostumbramiento a realidades que la propia ley considera inadmisibles. Pero cierto es que la violencia no siempre es tan manifiesta o evidente. En el análisis de los casos deben tenerse en cuenta variables como, por ejemplo, la propia definición de violencia y su intensidad, la incidencia de otra persona imputada o víctima del delito en el ejercicio de esa violencia contra una mujer, la gravedad del delito y las obligaciones especiales que se predican respecto de víctima o victimario.

Si bien no hay reglas claras que indiquen que el contexto de violencia vivido por la mujer traiga necesariamente aparejada la impunidad, a partir de una casuística y una jurisprudencia que aún están en desarrollo, se va percibiendo una clara tendencia a flexibilizar el marco que determina la responsabilidad para incluir, dentro de los

---

[109] Acerca de los riesgos de esta extensión de la eximición de responsabilidad penal por coacción, nótese que en el common law existía una excusa de "coerción marital", bajo la cual una mujer no estaba sujeta a pena por su actuación criminal si ella actuaba bajo la coerción de su marido, la cual era presumida por la mera presencia de su marido al momento en que ella cometía el delito, y aun en caso de que este fuera cometido en ausencia del marido, la prueba de una orden del hombre en tal sentido era suficiente para excusar a la mujer (ver Skinazi, 1997: 1034/ 1035).

factores que la condicionan o la eliminan, el historial de vida de la autora de un hecho determinado. Lamentablemente, en una sociedad signada por la desigualdad entre los géneros, sería iluso afirmar que esas formas de violencia puedan considerarse inusuales.

Bibliografía

Arítua, Gabriel Ignacio, (2013), "Se trata de no criminalizar a las víctimas", en *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa.

Bacigalupo, Enrique, (1987), *Derecho penal, Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi.

Colombo, Marcelo y Mángano, Alejandra, (2013), "Sobre víctimas victimarias", en *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa.

Creus, Carlos, (1993), *Derecho Penal, parte especial*, tomo I, Buenos Aires, Astrea.

De Maglie, Cristina, (2012), *Los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales*, Madrid, Marcial Pons.

Di Corleto, Julieta y Pitlevnik, Leonardo G., (2006), "El fallo "Romina Tejerina", infanticidio y aborto en la Argentina", en Pitlevnik, Leonardo G. (dir.), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, vol. 10, Buenos Aires, Hammurabi.

— (2006), "Mujeres que matan: legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, vol. 2006-5, mayo de 2006.

— (s/f), "La construcción de la delincuencia femenina", trabajo inédito.

Frister, Helmut, (2011), *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, Buenos Aires.

Gargarella Roberto, (2008), *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre.

Jakobs, Günther, (1997/b) "El lado subjetivo del hecho de los delitos de resultado en supuestos de habituación al riesgo", *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas.

— (1997), *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons.

Larrauri, Elena, (2008), "¿Se debe proteger a las mujeres contra su voluntad?" en *Mujeres y Sistema penal*, B de F, Buenos Aires.

Malamud Goti, Jaime, (2004), *Los dilemas morales de la justicia internacional*, Buenos Aires, Miño y Dávila.

— (2008), *Suerte Moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, (1994), *Derecho Penal, Parte General I*, Buenos Aires, Astrea.

Montaner Fernández, Raquel, (2007), *El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?*, InDret 4/2007, disponible en http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1047&pdf=477_es.pdf

Montgomery, Ann-Marie, (1996), "*State vs. Riker, Battered Women under Duress: The concept the Washington Supreme Court Could not Grasp*", en *Seattle University Law Review*, vol. 19, p. 385.

Núñez, Ricardo, (1988), *Tratado de Derecho Penal*, T. III, vol. I, Córdoba, Marcos Lerner.

Roxin, Claus, (1997), *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Madrid, Civitas.

Skinazi, Heather R., (1997), *"Not just a 'Conjured Afterthought': Using Duress as a Defense for Battered Women who 'Fail to Protect'"*, en *California Law Review*, vol. 85.

Soler Sebastián, (1992), *Derecho Penal argentino*, tomo 3, Buenos Aires, TEA.

Villegas Díaz, Myrna, (2010), "Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar. Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal", en *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXIII, nº 2, diciembre 2010.

Zaffaroni, R.; Alagia A.; Slokar A., (2002), *Derecho Penal. Parte General*, 2° edición, Buenos Aires, Ediar.

CAPÍTULO 4

Maltrato habitual y maltrato ocasional en la pareja

Ana María Prieto del Pino[110]

1. El castigo de la violencia contra las mujeres antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

1.1. Los orígenes de la regulación

Hasta 1989, en el marco de una regulación de las lesiones extraordinariamente casuística, el anterior Código Penal español[111], castigaba como faltas o infracciones leves al que maltratare a su cónyuge o hijos menores de palabra o de obra, aunque no llegare a causarles lesiones no impeditivas para dedicarse a sus trabajos habituales ni necesitadas de asistencia facultativa (art. 583.2°), así como a "los cónyuges que escandalizaren en sus disensiones domésticas, después de haber sido amonestados por la Autoridad" si el hecho no pudiese ser calificado como delito (art. 583.4°).

---

[110] Profesora contratada Doctora de Derecho Penal de la Universidad de Málaga e investigadora de la sección de Málaga del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (IAIC).

[111] Texto refundido de 1973.

Fue la activa denuncia de la ausencia de medidas legales enderezadas a combatir seria y eficazmente la violencia contra las mujeres ejercida por sus compañeros sentimentales la que determinó que la LO 3/1989, de 21 de junio, incluyera en el artículo 425 —capítulo IV del Título VIII del Libro II, rubricado "De las lesiones"— la incriminación de forma específica de la causación "con cualquier fin", de malos tratos físicos habituales, en el ámbito familiar ejercidos sobre el cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz sometido a tutela o guarda de hecho. Sin embargo, paradójicamente, la represión penal de la violencia contra las mujeres en España se ha caracterizado hasta hace una década por la carencia de un abordaje autónomo e individualizado, así como por su integración en las figuras destinadas al castigo de la violencia intrafamiliar o doméstica.

Así, el Código Penal de 1995, en su artículo 153 —también ubicado en el capítulo "Lesiones"— mantuvo la formulación del comportamiento típico de 1989 y estableció como sujetos pasivos al cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad al autor, los hijos propios, los del cónyuge o conviviente, los pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivieran o que se hallaren sujetos a la potestad, tutela, curatela, o guarda de hecho de uno u otro. Asimismo, añadió que la pena prevista —prisión de seis meses a tres años— se impondría "sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare".

Como consecuencia de este enfoque, la violencia de género siguió siendo contemplada por la legislación penal como una manifestación más, si bien la de mayores proporciones, de la agresividad descargada por los miembros de la institución familiar que ocupan las posiciones de poder sobre los miembros más débiles y vulnerables a ellos subordinados. Las numerosísimas modificaciones legales posteriores[112], con las que se fue incrementando de manera

[112] La LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Código Penal, la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de Protección a las Víctimas de los Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre Procedimiento para el enjuiciamiento Rápido e inmediato de determinados Delitos y Faltas, la ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e Integración Social de los Extranjeros, la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento

paulatina al rigor punitivo y se fueron reforzando sus mecanismos de aplicación, continuaron, en efecto, reprobando la violencia machista.

A la labor de "fagocitismo" de la violencia machista por parte de la categoría "violencia doméstica", llevada a cabo con el beneplácito de la jurisprudencia y doctrina mayoritarias, se fue coadyuvando con la ya referida progresiva ampliación de su círculo de sujetos pasivos. Paradigma de esta tendencia fue la LO 11/2003 que, además de dar cabida a relaciones de noviazgo sin convivencia, introdujo lazos familiares antes no abarcados, agotó el ámbito de lo doméstico en sentido estricto, incluyendo a las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentren integradas en el núcleo de convivencia familiar del autor (Asúa, 2004; Laurenzo, 2003; Muñoz Sánchez, 2004). Más aun, la mencionada Ley Orgánica traspasó las fronteras de dicho ámbito, al extender la tutela a "las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

En este afán por diluir la violencia contra las mujeres en la violencia doméstica subyacía, sin duda, la contumaz resistencia de muchos sectores sociales al reconocer que la violencia de género es un fenómeno de carácter estructural, no circunstancial o coyuntural, que se ejerce sobre la mujer por su condición de tal, y que es un instrumento estratégicamente utilizado para perpetuar el modelo patriarcal y las relaciones de dominio del hombre sobre la mujer que le son propias (Laurenzo, 2005:5; Maqueda, 2006a). Esa falta de reconocimiento es también la que, como se expondrá más adelante, sigue latiendo en el cuestionamiento de la constitucionalidad de una posterior política criminal artífice de la incorporación al Código Penal de la perspectiva de género.

1.2. El delito de maltrato habitual

La doctrina dominante ha considerado desde su introducción en el Código Penal que el delito de maltrato habitual es un tipo agravado —de simple actividad según un sector doctrinal, de resultado material en opinión de otro, y de peligro abstracto (Gracia,

---

Criminal en materia de Prisión Provisional, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal y el RD 355/2004, de 5 de marzo sobre el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

1996:1997) o peligro concreto para algunos autores (Maqueda, 2001)— en el que debe subsumirse la intensificación de lo injusto de la falta de malos tratos del artículo 617.2[113] (Muñoz Sánchez, 2004:115). Dada tal vinculación mayoritaria de la figura con la falta de malos tratos, el tradicional debate en torno a cuál sea el bien jurídico protegido en esta última amplió su terreno de juego al ámbito del artículo 153 (Alonso Álamo, 2005). Así numerosos autores han defendido que el maltrato habitual, al igual que la falta de maltrato, ataca un bien jurídico distinto de la salud e integridad personales propio de los delitos de lesiones, que es la dignidad humana o integridad moral, contra la que se atenta en el artículo 153 en el ámbito familiar o cuasi familiar (Barquín, 2001; Olmedo, 2001). Desde esta perspectiva, el ejercicio sistemático de violencia sería constitutivo de un trato degradante generador en el sujeto pasivo de "un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo". Quienes así opinan, consideraban insuficiente la perspectiva asumida en el Código Penal, centrada en la protección de la salud, y estimaban necesario atender a las afecciones de la dignidad, la libertad, el bienestar e indemnidad personal o el honor generadas por el maltrato habitual, abarcadas por el concepto de "integridad moral". Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia ha defendido que el bien jurídico atacado por la violencia habitual tampoco es la salud física o psíquica, sino la dignidad en el ámbito familiar o la paz familiar (Acale, 2000).

Debe precisarse, además, que hasta la reforma operada en 1999 el precepto no incluyó los malos tratos causados cuando la relación de pareja ya había cesado, nefasta laguna dada la frecuencia con la que el fin de la relación incrementa cuantitativa y cualitativamente el riesgo de la víctima (Cerezo, 2000). Y tampoco estaban abarcados hasta entonces los actos de violencia psíquica, que un sector de la doctrina estimaba, precisamente, comprendidos en el delito contra

---

[113] El artículo 617 establece: "1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código, será castigado con la Pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. 2. El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días. Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses".

la integridad moral del artículo 173.1 (Cervelló Donderis, 2001). Lo que deba entenderse por violencia psíquica —es decir, si a efectos de atribuir tal consideración ha de atenderse a los actos realizados o al menoscabo producido— así como la entidad o gravedad exigible a dicha violencia para considerarla típica, ha propiciado un intenso debate doctrinal que este sucinto trabajo solo puede mencionar (Muñoz Sánchez, 2004:118 y siguientes).

Ahora bien, más allá de la discusión en torno al bien jurídico protegido y de las muy importantes repercusiones derivadas de la posición que se mantenga al respecto, los principales problemas interpretativos del precepto han sido los generados por el elemento de la habitualidad. Así, por una parte, el término "habitualmente" ha sido contemplado por unos como concepto objetivo (reiteración de actos) y por otros como concepto subjetivo (condición vinculada al autor), y se ha defendido también una concepción mixta u objetiva-subjetiva (reiteración de actos expresiva de hábito en el autor) (González Rus, 2005; De Vicente, 2004; Sanz Morán, 2011). Por otra parte, también ha sido objeto de debate el número de actos de violencia necesarios para integrar la habitualidad, inicialmente entendido por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, en ausencia de disposición legal al respecto, conforme al tradicional criterio seguido en otros delitos y también por aplicación analógica del concepto de delincuente habitual del artículo 94 del Código Penal, como existencia de tres actos o más (De Vicente, 2004; Sanz Morán, 2011).

La mencionada reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio[114], añadió un segundo párrafo al precepto conforme al cual, para apreciar la aludida habitualidad, se habría de atender al número de actos de violencia que resultaran acreditados, así como a su proximidad temporal, con independencia de que dicha violencia se hubiera ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el precepto, y de que los actos violentos hubieran sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores. Los criterios relativos a la habitualidad han suscitado controversia, lógicamente vinculada, aunque no de modo exclusivo, a la existente en torno al bien jurídico protegido.

Por lo que respecta al número de actos violentos necesarios, el Tribunal Supremo en su sentencia del 7 de junio de 2000 (STS

[114] Además de incluir en el círculo de sujetos pasivos a los menores en acogimiento y de extender el castigo a la violencia psíquica.

5590/2000) rechazó el criterio basado en la mera aplicación analógica del concepto de habitualidad recogido en el artículo 94 del Código Penal a los efectos de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, y optó por la línea interpretativa con arreglo a la cual "lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente". En virtud de esta consideración, el Alto Tribunal estimó suficiente en el caso enjuiciado la existencia de dos acciones violentas, al entender que no constituían dos ataques aislados, sino "dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de agresión, de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como habitual". En relación con la apreciación de la habitualidad, al margen "de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores", una parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia ha afirmado que integrar la habitualidad con actos que ya han sido condenados vulnera el principio *ne bis in idem*, toda vez que se imponen dos condenas concurriendo identidad de sujeto, hecho y fundamento. Otros sectores doctrinales niegan la vulneración del referido principio, a partir exclusivamente de un entendimiento en clave subjetiva de la habitualidad, o de la combinación de esta tesis o de la que concibe la habitualidad en un sentido objetivo con la defensa de que el bien jurídico protegido por el delito de maltrato habitual no es el mismo que el que se protege en las concretas agresiones enjuiciadas. Desde ambas perspectivas se ha argumentado que el ejercicio reiterado de violencia permite una valoración jurídico-penal autónoma respecto de aquella que toma en consideración los delitos y faltas de lesiones que castigaron los actos concretos de violencia. Por su parte, el Tribunal Supremo consideró que resultaba aplicable un concurso de delitos si, como consecuencia de la violencia, se producen lesiones típicas, toda vez que "la finalidad del delito de maltrato habitual es 'proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno'"[115].

[115] Así STS 7414/1996, de 20 de diciembre de 1996, F.J. 7º.

Asimismo, el inciso al que se viene haciendo referencia ha hecho surgir opiniones discrepantes respecto a si las agresiones que ya hayan prescrito pueden fundamentar la responsabilidad por un delito de violencia habitual. Frente a los argumentos esgrimidos por una parte de la academia, contrarios a dicha posibilidad, la Fiscalía general del Estado en su Circular 1/1998, la jurisprudencia y un significativo sector doctrinal, han considerado que la prescripción de los actos violentos no es óbice para que integren la habitualidad exigida por el tipo. Desde esta óptica se estima que la prescripción a la que ha de atenderse a fin de respetar las garantías del procesado no es la relativa a los actos concretos de violencia, sino la tocante al delito habitual, cuyo plazo comenzará a contarse a partir del cese de la situación ilícita, es decir, del fin de la situación de violencia a la que está sometida la víctima.

Las importantes dificultades hermenéuticas apuntadas y, sobre todo, los problemas de diversa índole que lleva aparejados una siempre compleja y onerosa indagación en el posible historial de violencia del agresor sobre su pareja o ex pareja femenina, tuvieron como consecuencia una escasísima aplicación del delito de maltrato habitual tanto antes de la reforma operada en 1999 (Calvo García, 2005; De Vicente, 2004), como tras ella (Laurenzo, 2004; Olaizola, 2010), siendo la mayoría de las denuncias tramitadas como faltas.

1.3. El inmediato precedente de la Ley Integral: la reforma operada por la LO 11/2003

Durante la vigencia del delito de violencia habitual del artículo 153 fue cobrando fuerza en la doctrina y la Jurisprudencia la tesis de que, pese a que el precepto estaba incardinado en el Título III del Libro II del Código Penal dedicado a las lesiones, el bien jurídico protegido por la figura de la violencia habitual no era el mismo que el tutelado por los demás artículos allí ubicados. Fue esta opinión la que tomó cuerpo en la LO 11/2003, de 29 de septiembre y la que modificó muy sensiblemente la regulación de la violencia doméstica. Por una parte, el legislador español trasladó el delito de malos tratos habituales al artículo 173, ubicado en el Título VII, denominado "De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", al que agregó un nuevo apartado[116]. Por otra parte, dotó de

[116] La memoria de la Fiscalía General del Estado de 2005 aclaraba que "el excepcional incremento del 1.772,04 por 100 en el título correspondiente a los delitos de tortura y contra la integridad moral, se explica con facilidad si valoramos que

nuevo contenido al artículo 153 del Código Penal, elevando en este precepto a la categoría de delito una serie de conductas de violencia doméstica no habitual que, hasta entonces, dada su escasa gravedad, se castigaban como faltas[117].

Con la transformación de falta a delito que llevó a cabo la LO 11/2003, se perseguía abrir —según su propia exposición de motivos— "la posibilidad de imponer pena de prisión, vedada para las infracciones penales constitutivas de falta por tratarse de una pena grave o menos grave (artículo 33 del Código Penal) y, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas"[118].

Por lo tanto, a partir de octubre de 2003 la regulación de los delitos de violencia doméstica en España quedó escindida en dos preceptos con diferentes ubicaciones sistemáticas, en uno de los cuales se castiga la violencia habitual (artículo 173.2 del Código

---

la LO 11/2003, de 29 de septiembre, modificó el artículo 173 del Código Penal, incorporándole su actual párrafo segundo en el que se tipifica y sanciona la violencia física y/o psíquica de carácter habitual en el ámbito familiar, por lo que todos los comportamientos de esta naturaleza que con anterioridad a dicha reforma tenía su reflejo estadístico en otros títulos del Código Penal, desde octubre del año 2003, y por tanto a lo largo de todo el año 2004, se han registrado informáticamente en el referido apartado de delitos contra la integridad moral".

[117] "El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeara o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.
Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza".

[118] Un nutrido sector de la doctrina ha criticado muy duramente dicha transformación incidiendo, sobre todo, en la vulneración del principio de proporcionalidad que implica. Vid. en este sentido, entre otros, Laurenzo, 2003; Benítez Jiménez, 2004; Aránguez, 2005; Prieto, Una valoración positiva puede encontrarse, en cambio, en Arroyo, 2008; Gómez Navajas, 2004 y Gil Ruiz, 2004.

Penal), mientras que en el otro (artículo 153 Código Penal) se reprime la violencia no habitual.

Ambos delitos están conectados entre sí de manera expresa en lo tocante al ámbito de los sujetos pasivos, pues el artículo 153 remite a este respecto al artículo 173.2. Sin embargo, parece haberse impuesto no solo la tesis de que los bienes jurídicos tutelados en uno y otro son distintos (Castelló, 2005; Cuello/Cardenal, 2005), sino también la de la autonomía o desvinculación de los restantes elementos típicos de ambos preceptos. En este plano se argumentó que en el —nuevo— delito de maltrato ocasional del artículo 153, a diferencia de lo que ocurre en el delito de maltrato habitual, no hay que exigir subordinación entre agresor y víctima, dado que esta no puede inferirse a la vista de un solo acto[119].

2. La incorporación de la perspectiva de género: la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y su incidencia en el articulado del Código Penal español

En el reformado escenario que se acaba de esbozar, alabado por unos y duramente criticado por otros, vio la luz a finales de diciembre de 2004 la esperada y polémica Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, (en adelante "Ley Integral", "LO 1/2004" o "LI"). Como establece su exposición de motivos, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales, pretende prevenir, sancionar y erradicar esta clase de violencia y prestar asistencia a sus víctimas. A tal fin "la violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar", proclama dicha exposición. La Ley da cabida, en efecto, a aspectos preventivos y educativos (que se extienden a los ámbitos publicitarios y medios de comunicación, sistema educativo, ámbito sanitario), asistenciales y de atención a las víctimas, y proporciona "una respuesta legal integral que abarca

[119] Así, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona nº 1103/2005 (Sección 3ª), de 14 de diciembre (JUR 2006/56497).

tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley".

De conformidad con su artículo 1.1, la Ley Integral "tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". El apartado 3 del referido artículo 1 precisa que "la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad".

La Ley Integral constituye, por lo tanto, un punto de inflexión en el tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer, que deja de considerarse expresión de la violencia doméstica y pasa a contemplarse desde una perspectiva de género, es decir, a ser vista "como un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima —al hecho de ser mujer— y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer" (Laurenzo, 2006; Faraldo, 2006).

A nivel internacional, la LI ha sido considerada como una de las más importantes y eficaces normas a nivel mundial para combatir y erradicar la violencia sexista[120]. En España, sin embargo, la incorporación de la perspectiva de género al Código Penal ha generado una gran controversia, y ha dado lugar a la división tanto de la doctrina

[120] Avala esta afirmación el hecho de que España haya sido acreedora en 2014 de una de las menciones de honor del Premio de Políticas de futuro (Future Policy Award, 2014) que las instituciones ONU Mujeres, World Future Council y la Unión Interparlamentaria conceden a las mejores leyes y políticas del mundo que persigan poner fin a la violencia ejercida contra las mujeres y las niñas. El jurado del Future Policy Award destacó, además de la tipificación como delito de la violencia de pareja ejercida contra las mujeres, la creación de tribunales especializados (Juzgados de Violencia sobre la mujer); y la inclusión de un conjunto de medidas encaminadas a la protección de las víctimas, así como a cambiar las actitudes sociales.

como de la jurisprudencia en dos bloques: firmes defensoras y defensores del nuevo enfoque y acérrimos detractores y detractoras de él[121]. Estos últimos, incluso tras el pronunciamiento en sentido afirmativo del Tribunal Constitucional, continúan albergando serias dudas sobre la constitucionalidad (o incluso están convencidos de la inconstitucionalidad) de algunas de las previsiones incorporadas al Código Penal, por estimar que conculcan los principios de igualdad, culpabilidad y proporcionalidad (del Rosal, 2005). A su vez, entre quienes aplauden el cambio de prisma operado por la Ley Integral en el ámbito del Derecho Penal sustantivo (a quienes me sumo), no escasean precisamente las voces críticas (a las que también me sumo) que ponen en tela de juicio la adecuación desde un punto de vista político-criminal de ciertas decisiones adoptadas en la Ley Integral y/o el tratamiento técnico-jurídico concreto que ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido[122].

Las modificaciones producidas, que se concentran en tan solo nueve artículos del Código Penal[123] y están vigentes desde el 30 de junio de 2005, pueden sintetizarse del siguiente modo:

a. A través de la creación de subtipos específicos se agrava la responsabilidad penal del varón que "maltrata de forma ocasional o lesiona" a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente (artículos 153.1 y 148.4 respectivamente), así como de todo aquel que despliegue idénticas conductas sobre una persona especialmente vulnerable con la que convive (artículos 153.1 y 148.5 respectivamente).

---

[121] La crítica más demoledora hacia la reforma, dirigida también al proyecto de Ley Integral, es la de Gimbernat, 2004. El autor considera que se trata de manifestaciones del denostado "Derecho penal de autor", porque al sujeto activo "se le castiga no por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer".

[122] En mi opinión, la Ley Integral merece una valoración global muy positiva, en especial en lo relacionado a sus disposiciones no penales, pero no puede perderse de vista que el legislador, sin pretenderlo, ha aportado a los jueces ciertos instrumentos idóneos para ahondar, no siempre conscientemente, en la discriminación de la mujer y/o en su desprotección. Vid. sobre estos aspectos Prieto, 2010.

[123] Aunque, indirectamente, alcanzan a más.

b. Se agrava la pena de las "amenazas leves" con armas cuando la víctima es alguno de los sujetos protegidos por el artículo 173.2[124]. Se establece un subtipo agravado en el delito de amenazas (artículo 171.4) comprensivo de "toda clase de amenazas leves" (también, por lo tanto, las realizadas sin armas) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquel convive.

c. Se establece un subtipo agravado en el delito de "coacciones" (artículo 172.2) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquel convive.

d. Se introducen "atenuaciones" de la pena aplicables también a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales (art. 153.4), amenazas (art. 171.6) y coacciones (art. 172.2 *in fine*).

e. La "suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad" impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor.

f. Se agrava de forma obligatoria la pena prevista para el delito de "quebrantamiento de condena" (art. 468) en los supuestos concernientes a penas contempladas en el art. 48 del Código Penal (que implican el alejamiento del agresor) o medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguno de los sujetos enumerados en el delito de malos tratos habituales, es decir, en el ámbito de la violencia doméstica.

Dadas las limitaciones de extensión de este trabajo, no es posible abordar todas las modificaciones que se acaban de enunciar, ni buena parte de los problemas hermenéuticos que ha suscitado la

---

[124] La LO 11/2003 ya elevó a delito en el artículo 153 las amenazas leves con armas en relación con todos los sujetos del artículo 173.2. Vid. Prieto, 2005.

recepción de la perspectiva de género por el Derecho Penal sustantivo español. El análisis que a continuación se emprende versa tan solo sobre el maltrato habitual y el maltrato ocasional.

3. Las limitaciones de la perspectiva de género en las disposiciones de Derecho Penal sustantivo de la Ley Integral

Un examen desde una perspectiva de género de las modificaciones del Derecho Penal sustantivo operadas por la LO 1/2004 revela que, pese a las expectativas que crean su propio título y su artículo 1.3, ni se abordan en ellas de forma directa todas las manifestaciones de la violencia de género (limitaciones), ni todos los cambios tienen que ver con la violencia de género ("extralimitaciones"). En relación con la primera de estas dos conclusiones —la única que por razones de espacio se aborda en este trabajo— se ha señalado que la Ley Integral limita doblemente su radio de acción (Durán Febrer, 2004; Comas D'Argemir/Queralt Jiménez, 2005; Maqueda Abreu 2006 b). Por una parte —limitación que podríamos denominar subjetiva— *no abarca cualesquiera agresiones de un varón contra una mujer, sino solo las expresiones de la violencia de género que se registran en el seno de las relaciones de pareja.* Por otra parte —limitación que se podría calificar de objetiva—, *la Ley Integral circunscribe su radio de acción al ámbito de algunas de las infracciones penales que atentan contra los bienes jurídicos salud o integridad física y psíquica (lesiones y malos tratos ocasionales), libertad en el proceso de toma de decisiones (amenazas leves) y libertad de ejecutarlas (coacciones leves).* No han sido regulados por la LO 1/2004, por ejemplo, los atentados contra la vida humana independiente, la mutilación genital, ni la explotación o agresión sexuales (Maqueda, 2006 b; Fiscalía General del Estado, 2005).

Esta doble restricción, aunque puede resultar rechazable, no debe restar valor al trascendental avance que, con carácter general, representa la Ley Integral en la Protección de los Derechos de las Mujeres. Tampoco creo que deba considerarse apresuradamente negativa en todos sus aspectos pues, como trataré de explicar a continuación, es posible hallar sólidos argumentos que avalan, al

menos, buena parte de las limitaciones aludidas. Así, por lo que respecta a la restricción subjetiva a la vista de la fuerte polémica suscitada, y de la pertinaz resistencia de amplios sectores doctrinales, jurisprudenciales y sociales a reconocer la existencia de la violencia de género como fenómeno específico que subyace en las críticas más aceradas, parece prudente y razonable que la Ley Integral limite su intervención punitiva a las agresiones que se registran en el ámbito de la pareja o ex pareja. "La pareja —explica muy bien Maqueda, 2006 b— representa un ámbito de riesgo relevante no solo ya por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, además, porque constituye un espacio privilegiado para el desarrollo de los roles de género más ancestrales, esos que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina". La decisión encuentra apoyo, además, en datos cuantitativos. Como refleja la Circular 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, el Informe del Servicio de Inspección del Consejo general del Poder Judicial de la actividad de los Órganos Judiciales sobre violencia doméstica correspondiente a 2004 revela que las mujeres representan el 90,2 % de las víctimas en el total de 99.111 denuncias presentadas durante ese año, así como el 94 % de las víctimas amparadas por la concesión de órdenes de protección de un total de 34.635 adoptadas desde la entrada en vigor de la ley 27/2003, norma legal habilitadora de dichas medidas. De acuerdo con los datos ofrecidos por el mismo Servicio, de las cien personas muertas en el ámbito de la violencia doméstica y de género en 2004, 84 eran mujeres, de las cuales 69 murieron a manos de su pareja o ex pareja. Y del análisis de los datos obrantes en el Ministerio del Interior correspondiente a los años 1998-2002 se desprende que por cada hombre muerto a manos de su pareja, son cinco las mujeres a las que mata su pareja (Stangeland, 2004)[125].

En lo relacionado a la limitación objetiva, el criterio de selección adoptado parece que no es otro que el de la frecuencia del comportamiento violento desplegado por el varón sobre la mujer dentro de las relaciones de pareja. Las conductas sobre las que incide la Ley son manifestaciones bien conocidas del concepto jurisprudencial

[125] El mismo autor señala que en estudios anglosajones la proporción es de 1 hombre por cada 4 mujeres. El riesgo de muerte aumenta cuando la víctima decide separarse de su agresor. Vid. Cerezo, 2000.

de maltrato físico o psíquico. Adviértase a este respecto que el Tribunal Supremo viene considerando violencia psíquica las amenazas y los comportamientos de acoso y hostigamientos reiterados[126]. Por otra parte, la preterición por parte de la LI de otros comportamientos violentos de igual o mayor gravedad —como el homicidio, el asesinato o la agresión sexual— podría justificarse argumentando que las consecuencias en términos de "no (hipotético) incremento de efecto disuasorio" derivadas de la falta de una agravación específica pueden ser paliadas a través de la apreciación de la agravante de parentesco (art. 23 CP), que a partir de la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, puede ser aplicada a las relaciones de pareja ya extintas (Prieto, 2007).

No puede predicarse lo mismo, sin embargo, de los malos tratos habituales tipificados en el artículo 173.2, figura en relación con la cual no resulta aplicable la agravante de parentesco por ser inherente a ella cuando se trata de relaciones de pareja. A la luz del criterio de la frecuencia con la que se produce este comportamiento típico en el contexto de las relaciones de pareja o ex pareja, parece inexplicable que la Ley Integral no haya incidido sobre él (Prieto, 2008; Acale, 2009; Olaizola, 2010).

La propia exposición de motivos revela que con las disposiciones introducidas el legislador, consciente de la enorme complejidad del problema y de las graves limitaciones del Derecho Penal para coadyuvar a su solución, más que esperar un incremento de la eficacia preventiva, persigue fines retributivos y confía en la función simbólica del Derecho Penal: "para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos".

4. La tutela penal reforzada de la mujer o "agravantes de género": fundamento y constitucionalidad

Como se ha indicado con anterioridad, la Ley Integral introdujo agravaciones específicas en los delitos de lesiones (art. 148.4°) y

[126] Así, por ejemplo la STS 1750/2003.

maltrato ocasional (art. 153.1) aplicables a los supuestos en los que la víctima "fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

La constitucionalidad de las agravaciones basadas en el género de la víctima fue ya seriamente cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe de 24 de junio de 2004 relativo al Anteproyecto de Ley Integral[127]. En él se afirma que el texto legal vulnera el artículo 14 de la Constitución española, dado que incurre en una discriminación por razón de sexo en contra del varón. A éste, por el mero hecho de serlo —se argumenta— no se le otorga la tutela penal reforzada que se le proporciona a la mujer y, además, se le agrava la pena si la víctima de la violencia que ejerce es una mujer con la que mantiene o ha mantenido una relación de pareja. Asimismo —prosigue la argumentación— al varón se le niega el acceso a los juzgados de violencia creados para dispensar una tutela judicial especialmente eficaz[128]. En definitiva: la mayor protección de la mujer —se aduce— se implementa a costa del varón y de su mayor restricción de libertad.

Particular atención merece a este respecto la inclusión de la referencia a "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor"[129], que acompaña en todos los preceptos del Código Penal modificados a la mención de la "esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia", y que recibe la misma tutela reforzada que estas últimas. Y es que de la inclusión de dicha referencia, que no estaba prevista en el Proyecto de Ley, se ha dicho que es una fórmula transaccional, consecuencia de la presión ejercida por organizaciones de protección de menores, (Tamarit, 2005; Asúa, 2004; Fiscalía

[127] El Informe al Anteproyecto de Ley Integral aprobado por el pleno del CGPJ (que cuestiona la constitucionalidad) y el voto particular del presidente y seis vocales que defienden la constitucionalidad, documentos en los que se recoge toda la argumentación esgrimida en contra y a favor del Anteproyecto, pueden consultarse en la página web del CGPJ.

[128] "No se entiende —dice el CGPJ en p. 26 de su informe— qué es lo que gana la tutela judicial a favor de las mujeres por el hecho de excluirse a los varones de la competencia de los nuevos órganos judiciales".

[129] Se muestran críticos con esta inclusión Morillas, 2005; Prieto, 2007.

General del Estado, 2005) que reclamaban la necesidad de englobar la violencia ejercida directamente contra los hijos menores de edad[130]. Sin embargo, de manera oficiosa, se reconoce por quienes participaron de forma directa en la tramitación parlamentaria de la Ley que se trata de una concesión tendente a preservar la Ley Integral de un eventual cuestionamiento de inconstitucionalidad por vulneración del principio constitucional de igualdad (Maqueda, 2006 b; Arroyo, 2008)[131], ese supuesto "efecto compensatorio" —permítaseme expresarlo así— que debiera ejercer la inclusión de las personas especialmente vulnerables en el ámbito de la tutela reforzada de la mujer parece brillar por su ausencia, pues no ha servido demasiado para acallar las voces de quienes cuestionan la adecuación de las disposiciones penales de la LI a los valores y principios constitucionales antes referidos[132].

La discusión entre los miembros del CGPJ que defendían la conformidad constitucional del Anteproyecto y los que la negaban pivotó sobre los conceptos de "acción positiva" y "discriminación positiva", legítimos mecanismos de implementación del mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución[133], con arreglo al cual,

---

[130] Respecto de la cual se argumenta que con frecuencia es utilizada por el agresor como instrumento de ataque mediato a la madre.

[131] *Vid.* la contundente —y acertada a mi juicio— crítica de Maqueda respecto de la inclusión de la persona especialmente vulnerable que convive con el agresor. De otra opinión es Arroyo Zapatero, 2008, para el que la inclusión como sujetos pasivos de las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor "resultó un punto de encuentro para hacer posible el consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género".

[132] La constitucionalidad de las agravaciones basadas en el género de la víctima fue ya seriamente cuestionada por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe de 24 de junio de 2004 relativo al Anteproyecto de Ley Integral. El Informe al Anteproyecto de Ley Integral aprobado por el pleno del CGPJ (que cuestiona la constitucionalidad) y el voto particular del presidente y seis vocales que defienden la constitucionalidad, documentos en los que se recoge toda la argumentación esgrimida en contra y a favor del Anteproyecto, pueden consultarse en la página web del CGPJ.

[133] *Vid.* SSTC 109/1993, de 25 de marzo, y 229/1992, de 14 de diciembre. También la jurisprudencia europea avala las medidas de discriminación positiva. Vid. in extenso Laurenzo, 2005.

corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. "En el Anteproyecto —reza el Informe del CGPJ— la llamada acción positiva no es ni siquiera un caso de discriminación positiva, sino más bien una discriminación negativa. Consiste en endurecer el régimen punitivo de determinados comportamientos que, siendo objetivamente los mismos, se sancionan más gravemente por razón del sujeto activo varón —esto es, por razones relativas al autor—". Sobre la base de la supuesta vulneración del mandato de no discriminación por razón de sexo y la contemplación de las agravantes de género, no desde la óptica de la mujer como víctima, sino del hombre como autor, se estiman conculcados dos principios penales básicos con trascendencia constitucional: el principio de culpabilidad y el de responsabilidad por el hecho. "Si la agravación obedece a que estadísticamente es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente proceden del varón, —explica el informe— entonces se agravaría la responsabilidad en el caso concreto por hechos ajenos, con vulneración del principio de culpabilidad, toda vez que el concreto varón enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros conforme a la doctrina de acumulación de comportamientos". Del mismo modo, puesto que la agravación de género "parte de la presunción de superioridad del hombre sobre la mujer" y "no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedecen a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer", se vulnera el principio de responsabilidad por el hecho (CGPJ, 2004).

Estos mismos reproches —aunque no siempre con la misma acritud que el CGPJ, que llega a considerar entroncadas las previsiones agravatorias del Anteproyecto de Ley Integral (coincidentes con las de la LO 1/2004) con el Derecho Penal del nazismo (ps. 44 y 45) —son dirigidos hacia la Ley Integral por un sector de la doctrina (Bolea, 2007; Tamarit, 2005; Boldova/Rueda, 2004). Por lo que respecta al ámbito de la judicatura, la opinión tempranamente manifestada por su órgano de gobierno ha encontrado eco entre sus miembros, del que son buena muestra las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante el Tribunal Constitucional (Laurenzo, 2006; Maqueda, 2006 b). Así, el desarrollo del balance sobre la aplicación de la Ley Integral publicado el 15 de diciembre de 2006 señalaba que el Tribunal Constitucional español había admitido a

trámite cuarenta cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por quince juzgados en relación con los artículos 153.1 y 171 apartados 4 y 6 del Código Penal.

Los argumentos relativos a la inconstitucionalidad de las agravaciones introducidas por la LO 1/2004 han sido rebatidos por la doctrina, por el Consejo de Estado y por el propio Tribunal Constitucional.

Ante todo, como muy bien ha explicado Laurenzo, la tutela penal reforzada de la mujer no debe reconducirse al concepto de acción positiva[134] —"cuyo ámbito natural es el de aquellos sectores del ordenamiento jurídico destinados a regular la distribución de bienes escasos"— que implica el fomento de un colectivo discriminado en detrimento de otro que no lo está (Laurenzo, 2005). Por el contrario, el sentido y la justificación de las agravaciones "se encuentra en otro tipo de consideraciones relacionadas con los fines y contenido del derecho penal y no con la pretendida concesión de ventajas a la mujer a costa del varón". La LI no protege especialmente a la mujer restándole protección al varón, sino que refuerza su tutela, partiendo del reconocimiento de que la mujer —a diferencia del varón— por su condición de tal y como consecuencia de un reparto de roles sociales desigual, "se encuentra particularmente expuesta a sufrir ataques violentos a manos de su pareja masculina". En consecuencia, no estamos ante agravaciones automáticas basadas en el sexo del autor, sino ante agravaciones que cuentan con un fundamento material vinculado al sexo de la víctima. Su aplicación, por lo tanto, no vulnera los principios penales básicos antes referidos, de la misma manera que tampoco son lesionados con la aplicación de otras agravantes previstas en el Código Penal en atención a la mayor necesidad de tutela de un colectivo (por ejemplo, los menores) frente a determinados comportamientos delictivos de los cuales sus integrantes presentan un riesgo mayor de convertirse en víctimas. La pertenencia al sexo femenino es contemplada por el Legislador (desde una óptica preventiva) como un factor específico que aumenta el riesgo de ser objeto de estrategias violentas de control en el ámbito de las relaciones de pareja (Laurenzo, 2005 y 2006).

Aunque manteniendo una opinión diferente a la que se acaba de examinar, el Consejo de Estado en su Informe al Anteproyecto

---

[134] Se afirma, en cambio, que la LI ha introducido con el artículo 148.4° un "criterio de acción discriminatoria positiva" la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10), de 9 de octubre de 2006.

de Ley Integral también estimó que las agravaciones de género poseen un fundamento material, consistente en un mayor contenido de injusto. Este plus de antijuridicidad lo determina —argumenta el Informe— el hecho de que las conductas cuya pena se incrementa son expresión de determinadas relaciones de poder y sometimiento del hombre sobre la mujer, que son incompatibles con los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo[135].

De especial relevancia resulta una de las cuestiones de inconstitucionalidad, promovida mediante Auto de 29 de julio de 2005 por la titular del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia[136], y resuelta por el Tribunal Constitucional en su STC 59/ 2008 de 14 de mayo[137], que declaró la constitucionalidad del precepto. El Tribunal Constitucional adopta como punto de partida el doble contenido del artículo 14 Convenio Europeo (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) y precisa que el Auto de planteamiento invoca la Jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general (contenida en el principio general de igualdad). Dicho principio —recuerda el Tribunal Constitucional haciendo suyas las palabras de la STC 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 6º; FJ 5º)— impone al legislador, "una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de

[135] Comparte esta opinión la Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/ 2005.

[136] El autor precisa que la duda de constitucionalidad se suscita, tan solo, en cuanto al primer inciso del párrafo 1 del artículo 153, en cuanto hace referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión que constituye uno de los términos de la alternativa y de la pena potestativa de inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, con los efectos reflejos correspondiente descritos en cuanto a la agravación del párrafo 3, a la atenuación del último párrafo y al régimen de alternativas a la ejecución de penas privativas de libertad. No se cuestiona, por el contrario, la constitucionalidad de la agravación referida a la condición de persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Como resume el FJ 1º de la STC, el Juzgado de lo Penal 4 de Murcia cuestiona la constitucionalidad del artículo 153.1 CP, por entender que infringe los artículos 10, 14 y 24.2 de la Constitución al establecer una discriminación por razón de sexo que dimanaría de la definición de los sujetos activo (varón) y pasivo (mujer) en el artículo 153.1 CP y de la diferencia de trato punitivo que ello supone en relación con la misma conducta cuando el sujeto activo es una mujer y el pasivo un hombre con la misma relación entre ellos que la descrita en el tipo penal cuestionado (conyugal o análoga, sea en ambos casos presente o pretérita).

[137] Puede encontrarse un excelente análisis de esta sentencia en Larrauri, 2009.

mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas".

En relación con la legitimidad del fin, frente a la tesis defendida en el Auto de cuestionamiento, argumenta el Tribunal Constitucional (FJ 7°) que el sexo de los sujetos activo y pasivo no constituye un factor determinante de la diferenciación normativa establecida, sino que ésta "la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada". La presencia de una finalidad discernible y legítima en las agravaciones punitivas contenidas en la LI resulta incuestionable para el Alto Tribunal (FJ 8°): "proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales (...) La igualdad sustancial es 'elemento definidor de la noción de ciudadanía' (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5°)" y "no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad".

Por lo que respecta a la adecuación de la diferenciación normativa entre los artículos 153.1 y 153.2 del Código Penal a la mayor protección de la mujer en un determinado ámbito relacional, como consecuencia del mayor desvalor y la mayor gravedad de la violencia ejercida contra ella, estima el TC (FJ 9°) que la restricción del círculo de los sujetos activos viene determinada por el sujeto pasivo. Existe una mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas, necesidad que muestran las altísimas cifras en torno a la frecuencia con la que se producen. "Las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen

una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es 'manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres'". En la opción legislativa ahora cuestionada, esta inserción de la conducta agresiva le dota de una violencia peculiar y es, en correlación, peculiarmente lesiva para la víctima. Y esta gravedad mayor exige una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. El Legislador toma así en cuenta una innegable realidad para criminalizar un tipo de violencia que se ejerce por los hombres sobre las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja y que, con los criterios axiológicos actuales, resulta intolerable.

No es reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo despreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja, se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera inferior, con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece.

De ahí que el Tribunal Constitucional concluya que no estamos ante una discriminación por razón de sexo: "No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el Legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino —una vez más importa resaltarlo— el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que

adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el Legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad".

En cuanto a la posible atribución de consecuencias desproporcionadas, el Tribunal Constitucional parte de que la diferencia entre los artículos 153.1 y 153.2 del Código Penal se reduce a tres meses de prisión en el límite inferior de la pena, de manera que el marco penal establecido en el primer apartado es de seis meses a un año y en el segundo de tres a un año. Sobre esta base subraya, en primer lugar, que la referida privación de libertad está prevista con carácter alternativo a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, cuya duración es igual en ambos tipos. En segundo lugar, incide el Alto tribunal en que el artículo 153.4 del Código Penal incorpora como opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso el que la pena de los artículos 153.1 —y 153.2 del Código Penal— pueda rebajarse en un grado "en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho".

En el FJ 11° el Tribunal Constitucional niega que el precepto cuestionado implique una vulneración del principio de culpabilidad penal y pueda considerarse una manifestación de un Derecho Penal de autor que sanciona al agresor por las acciones que puedan cometer otros varones: "que en los casos cuestionados que tipifica el artículo 153.1, CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción".

Con todo, un sector de la doctrina ha reprochado que esta sentencia —interpretativa— del Tribunal Constitucional, a diferencia de otras a las que también cabe aplicar tal calificativo, no haya declarado inconstitucional la interpretación que rechaza y se haya limitado a señalar que es posible una interpretación distinta de la realizada por la magistrada recurrente acorde con la Constitución (Acale, 2009).

5. El delito de maltrato ocasional del artículo 153.1 del Código Penal y su aplicación judicial

En relación con los malos tratos ocasionales el efecto agravatorio derivado de las previsiones de la Ley Integral es bastante modesto, pues consiste en una elevación del límite mínimo de la pena de prisión imponible, que se fija en los seis meses (antes era de tres meses), así como del límite máximo (de tres años pasa a cinco años) de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Téngase en cuenta, además, que en los supuestos en los que se aprecie la atenuación que ha introducido la Ley Integral, el incremento de pena aludido quedará anulado.

La aplicación de la tutela reforzada de la mujer en estos preceptos se enfrenta a un gran enemigo: la negativa a aceptar la violencia de género como categoría autónoma, con origen y rasgos propios y diferenciales que meritan y reclaman un abordaje también propio y diferencial. Es la no aceptación de que existe un problema estructural —más allá de las concretas situaciones individuales— de violencia machista, especialmente manifiesto en las relaciones de pareja, la que subyace en el rechazo y en las reticencias hacia el nuevo régimen de tutela reforzada. Desde esta óptica se argumenta que "aunque la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1 % de los casos), también están presentes los de violencia contra hombres (8,9 % de los casos), ascendientes y contra menores", de manera que "la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante"[138]. La negación de la violencia de género como categoría y problema estructural es también la que está sobrela base de los reproches de inconstitucionalidad que la doctrina penal hace a la tutela reforzada de la mujer en las relaciones de pareja, y la que impide admitir que cuenta con un fundamento material.

Es ese rechazo, asimismo, el que late en la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la judicatura (Laurenzo, 2006; Maqueda, 2006) y el que ha hecho posible que, paradójicamente, un sector minoritario de la judicatura haya

[138] Así el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Integral p. 16.

encontrado en la Ley Integral, en lugar de un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, una vía —antes inexistente— para volver a castigar como falta (artículo 617 del Código Penal) los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femeninas.

En algunas sentencias la aplicación de la falta del artículo 617 se ha basado en la ausencia de un elemento subjetivo específico en el autor que se construye a partir de la definición de violencia de género del artículo 1 de la Ley. Y ello, pese a que en el Proyecto de Ley Integral se eliminaron las referencias a la finalidad perseguida por el autor que contenía el Anteproyecto para evitar los problemas de prueba de un elemento subjetivo que —se interpretaba— derivaba del empleo de la violencia "como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", como rezaba la definición de violencia acogida en el texto del Anteproyecto[139]. Así, el Tribunal Supremo en su Sentencia 58/2008, de 25 de enero (RJ\2008\1563) tomando como base el referido artículo 1 afirma: "ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género" (FJ 4°).

Del mismo modo, aunque sin aludir a la necesidad de que concurra una determinada intencionalidad en el varón, la sentencia del Tribunal Supremo 654/2009, de 8 de junio, estima que, conforme al artículo 1 LI, para que resulte subsumible en el precepto una conducta es preciso que constituya "una manifestación clara de 'superioridad machista', en cuanto denota una pretensión de dominio del hombre frente a la mujer". Como consecuencia de ello, la violencia integrada en una agresión mutua no es constitutiva de delito de maltrato ocasional, sino de una falta, dado que no se ha producido "en el contexto propio de las denominadas conductas 'machistas'". Con arreglo a esta exégesis del Alto Tribunal, la situación de dominio exigible en los supuestos subsumibles en el artículo 153 .1 del Código Penal está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión, de

[139] Se reconoce expresamente que ese supuesto elemento subjetivo no forma parte de la estructura típica en la Sentencia de la Sección 2° de la Audiencia Provincial de Navarra 40/2006, de 28 de marzo.

manera que en dichos supuestos el sujeto activo pretende con su acción imponer una situación de sumisión. En idéntico sentido se ha expresado el Tribunal Supremo (Sección 1°) en su sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre (RJ 2010\124)[140] en un caso en el que en el curso de una trifulca matrimonial ella le propina a él un agarrón de pelos y éste responde con un cabezazo en la parte superior de la nariz[141].

En sentido fuertemente crítico se pronunció tempranamente en la doctrina española Laurenzo Copello, en cuya opinión, el fundamento que sirve de base a la agravación introducida por la Ley Integral se encuentra en la violencia contra la mujer "como fenómeno intergrupal, originado en la posición que ocupan las mujeres como colectivo en la sociedad y no —como parecen entender los primeros intérpretes judiciales de la LI— de un asunto puramente individual vinculado a la correlación de fuerzas entre un hombre y una mujer en una pareja concreta" (Laurenzo, 2006).

La misma línea a la que se refiere la crítica que se acaba de exponer ha encontrado reflejo posteriormente en las decisiones de la sección 20° "de la AP de Barcelona (sentencia 1363\2009, de 15 de octubre), la sección 2° de la AP de Albacete (por ejemplo: sentencia 133\2009, de 2 de junio); la sección 3° de la AP de Murcia (v.gr.: sentencias 121/2010 de 26 de mayo, 140/2010, de 11 de junio, 26 de marzo de 2010, 27 de marzo de 2010 y 13 de abril de 2010); y la sección 2° de la AP de Castellón (v.gr.: sentencias 183/2009 de 18 de junio, 504/2010 de 9 de diciembre, 292/2010 de 15 de julio).

Parece preciso aclarar que en estas líneas no se está defendiendo que toda agresión de un varón a la mujer que es o fue su pareja deba ser automáticamente subsumida en el artículo 153.1[142].

---

[140] Ponente: Ilmo. Sr. Ramos Gancedo.

[141] Se muestra de acuerdo con la posición del Tribunal Supremo Ramón Ribas, 2013. No obstante, critica que el Tribunal Supremo "asuma que lo normal será entender que la conducta del hombre sea expresión de su voluntad de sojuzgar a su pareja o de mantener una situación de dominación sobre la mujer colocándola en una situación de inferioridad y subordinación, de forma que solo por vía de excepción cabrá entender ausentes tales circunstancias".

[142] Por el contrario, creo merecedoras de una valoración positiva algunas resoluciones judiciales que, como la de la AP de Sevilla 121/2005, de 18 de marzo de 2005, Roj: SAP SE 1033/2005 (ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Romeo Laguna). En ella se estima constitutiva de falta y no de delito una agresión que tuvo su causa en una

Lo que estimo rechazable, en primer lugar, es que en todas esas resoluciones judiciales objeto de crítica, la determinación de la concurrencia o ausencia de un contexto de dominación machista se lleve a cabo valorando exclusivamente los elementos concurrentes en la agresión concreta, es decir, que no se tomen en consideración los factores presentes en la relación de pareja de víctima y victimario, tales como la posible dependencia económica o la existencia de cualquier otro factor —físico, psicológico— generador de forma estable o permanente de una situación de subordinación entre ellos. Especialmente ilustrativa de la forma en que se realiza la inferencia de la situación de dominación que se estima exigida por la Ley Integral resultan las ya mencionadas STS 654/2009 de 8 de junio y la sentencia de la AP de Murcia de 26 de mayo de 2010. En la primera, el Tribunal Supremo analiza de forma aislada un episodio de violencia en el que ambos miembros de la pareja se agredieron mutuamente y otro posterior en el que, en el curso de una discusión, el varón realiza dos intentos consecutivos de homicidio sobre su pareja[143], considerando respecto al primero que "en el relato fáctico de la sentencia, nada se dice sobre las características físicas y temperamentales del hombre y la mujer que protagonizaron el hecho", que no constan ni "el motivo de la discusión" ni que la conducta "se produjera en el contexto propio de las denominadas

---

discusión sobre la propiedad de unos ventiladores reclamados por la mujer, "no en atención a la anterior relación de afectividad del acusado y denunciante". Acertadamente, argumenta el ponente que "castigar esta acción por el tipo del artículo 153 del Código Penal parece desproporcionado y contrario a la finalidad perseguida por el tipo de dicho artículo, ya que esta acción pudo estar protagonizada igualmente, si se atiende al motivo que la desencadenó, por socios de una sociedad en liquidación que discuten sobre el reparto de los bienes societarios, o por cualquier persona de un colectivo que arremete contra otra a causa de la disolución del mismo y el reparto de los bienes puestos en común para facilitar su funcionamiento".

[143] Son hechos probados que mientras ella (Adoración) permanece sentada en el sofá, él (Florián) "acudió a la cocina, cogió un cuchillo, regresó a la sala y con el cuchillo en la mano agarró a Adoración. La levantó y mientras le decía que la iba a matar, con ese ánimo dirigió el cuchillo hacia su cuerpo, a la altura del cuello, sin poder clavárselo debido a los movimientos de la mujer, interviniendo finalmente otros inquilinos de la casa para arrebatarle el cuchillo que Florián finalmente clavó en un marco; a continuación Adoración fue a la habitación siendo seguida por Florián, quien dentro de la habitación le dijo que la iba a matar, la golpeó y con la intención de acabar con su vida la agarró del cuello con sus manos y apretó para asfixiarla, cesando en su actitud cuando entró en la habitación uno de los inquilinos".

conductas machistas". Con arreglo al relato de hechos probados de la segunda de las referidas decisiones judiciales, el 5 de agosto de 2006, el marido, tras una discusión en el domicilio común, guiado por el ánimo de menoscabar la integridad física de su esposa, la agarra por el cuello y la empuja contra el frigorífico, inmovilizándola y forzándola a ingerir insecticida; y, cuando cae al suelo, le propina una patada, produciéndole lesiones, fundamentalmente por intoxicación por piretrinas, que requirieron tratamiento médico. Un año más tarde, tras una discusión en la calle, con el mismo ánimo antes mencionado, la empuja contra un coche produciéndole lesiones consistentes en erosión y contusión en el hombro izquierdo y ansiedad, que requirieron para su sanidad de una primera asistencia facultativa. El tribunal de instancia condenó al agresor como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones del artículo 148.4 del Código Penal y de un delito de malos tratos del artículo 153.1 del Código Penal. Sin embargo, la Audiencia Provincial considera que solo en la primera agresión concurría el factor de dominación del varón sobre la mujer que a su juicio exige el artículo 1 de la Ley Integral, pues en relación con la segunda "no se precisan las razones a las que respondió la agresión del varón a la mujer (sin poder obviar, como se ha dicho, aunque no se refleje en el relato de hechos, que también existió un resultado lesivo en el varón, que no ha motivado actuación penal alguna)", por lo que aquella debe ser castigada como falta de lesiones del artículo 617.1 del Código Penal y no como delito del artículo 153.1. Como puede comprobarse, el Tribunal determina si la agresión tiene o no lugar en un "contexto de dominación machista" analizando tan solo dicha agresión, prescindiendo incluso de una grave lesión previa en la que el propio órgano judicial constata la existencia de dicho contexto, que se concibe y exige como escenario coyuntural y no como un marco estructural en el que la violencia sobre la mujer encuentra su medio natural de expresión. Que en el caso concreto la mujer trate de defenderse de un golpe propinado por su pareja masculina no significa, en definitiva, que aquél no se haya producido en el seno de una relación asimétrica en la que la subordinación de la mujer se propicia o se manifiesta mediante el ejercicio de actos violentos. Así lo ha reconocido la sección 4° de la AP de Sevilla en sentencia n° 613/2010 de 29 de noviembre (JUR\2011\70223)[144],

[144] Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel de Paúl Velasco.

en la que se afirma que la aplicación del artículo 153.1 es compatible con agresiones mutuas.

En segundo lugar, debe rechazarse que los referidos órganos judiciales utilicen precisamente el artículo 1.1 de la Ley Integral para rebajar a falta las agresiones del varón sobre la mujer pareja o ex pareja. Sin duda, flaco favor hace a la dispensa de una tutela reforzada a la mujer en relación con los malos tratos ocasionales su inserción sobre una base tan nefasta como es la establecida por la reforma operada por la ley 11/2003, que trajo consigo la ya aludida conversión automática de faltas en delitos; pues el castigo como delito de comportamientos de escasa entidad es contrario al principio de proporcionalidad. Ahora bien, el camino adecuado para remediarlo no es éste, que —a mi parecer— constituye una vía hacia la discriminación por razón de sexo en contra de la mujer, porque en relación con los demás sujetos protegidos por el artículo 153, unas bofetadas, automáticamente, aunque consten agresiones mutuas, se castigan como delito y no como falta[145].

Por si ello fuera poco, el análisis de las decisiones de las Audiencias Provinciales revela la existencia de una corriente que hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2007[146], estimó aplicable el artículo 153.2 en supuestos en los que autor y víctima no convivían. Que en relación con los sujetos abarcados por el artículo 153.2 haya existido ese afán por ampliar el radio de acción del precepto y por el automatismo en su aplicación, mientras que respecto a la mujer maltratada por su pareja masculina la tendencia haya sido la contraria, es ya algo, sin duda, "llamativo" y muy cuestionable desde una perspectiva puramente técnico-jurídica. Que se utilice nada más y nada menos que la Ley Integral como instrumento para ahondar en la discriminación de la mujer, resulta, en mi opinión, inaceptable, y podría ser constitutivo de una vulneración del principio de igualdad.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2014 ha rechazado frontalmente la exigencia de que concurra un elemento subjetivo de lo injusto, y afirma que el componente

---

[145] Así, SAP de Barcelona (sec. 20°) 26/2010 de 8 de enero (JUR\2010\150265).

[146] *Vid.* STS 201/2007, de 16 de marzo (RJ 2007\1545), cuyo ponente es el Ilmo. Sr. Dr. Perfecto Andrés. Sigue esta misma línea, exigiendo —correctamente— convivencia de sujeto activo y pasivo, por ejemplo, la SAP de Madrid (sec. 15°) n° 435\2007, de 23 de octubre (JUR 2008\57904).

machista "no es algo subjetivo, sino objetivo, aunque contextual y sociológico", de manera que el desvalor adicional al que se refiere el Tribunal Constitucional implica "evaluar si puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado está presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular que quiere ser erradicada castigando de manera más severa los comportamientos que tengan ese marco de fondo". Esto sentado, para subsumir en el artículo 153.1 la agresión de un varón a su pareja o ex pareja femenina "no hace falta un móvil específico de subyugación, o de dominación masculina. Basta constatar la vinculación del comportamiento, del modo concreto de actuar, con esos añejos y superados patrones culturales, aunque el autor no los comparta explícitamente, aunque no sea totalmente consciente de ello o aunque su comportamiento general con su cónyuge, o ex cónyuge o mujer con la que está o ha estado vinculado afectivamente, esté regido por unos parámetros correctos de trato de igual a igual. Si en el supuesto concreto se aprecia esa conexión con los denostados cánones de asimetría (como sucede aquí con el intento de hacer prevalecer la propia voluntad) la agravación estará legal y constitucionalmente justificada". Nótese que el Alto Tribunal prescinde de las características de la relación hombre-mujer en la que la concreta conducta enjuiciada se produce: "la situación en concreto de mayor o menor desigualdad es irrelevante. Lo básico es el contexto sociológico de desequilibrio en las relaciones: eso es lo que el legislador quiere prevenir; y lo que se sanciona más gravemente aunque el autor tenga unas acreditadas convicciones sobre la esencial igualdad entre varón y mujer o en el caso concreto no pueda hablarse de desequilibrio físico o emocional".

Conviene reseñar que en esta decisión del Tribunal Supremo se refuerza la tesis ya asentada en el Alto Tribunal conforme a la cual el tipo del artículo 153 goza de plena autonomía respecto del artículo 173.2, puesto que a los argumentos basados en los distintos bienes jurídicos protegidos en uno y otro precepto, se añade que, a diferencia del delito de maltrato habitual, para que una conducta sea subsumible en el delito de maltrato ocasional no es preciso que ésta se inserte en un contexto de dominación intersubjetivo del varón agresor sobre la mujer, sino que dicho contexto es de carácter sociológico.

Debe dejarse constancia, asimismo, que esta sentencia del Tribunal Supremo ha incidido de forma inmediata incluso en las

decisiones de Audiencias Provinciales como la de Murcia, tradicionalmente defensoras de la exégesis minoritaria antes referida[147].

6. Algunas conclusiones y perspectivas de futuro

1. Con la reforma operada en 2003, el legislador español quiso dotar de mayor eficacia a la represión de la violencia intrafamiliar o doméstica elevando a la categoría de delito las agresiones leves constitutivas de faltas de maltrato. El controvertido cambio de ubicación sistemática del delito de maltrato habitual ha hecho posible en el plano teórico una mayor aplicación jurisprudencial de esta figura, dado que el reconocimiento de un bien jurídico protegido distinto del tutelado en el delito de maltrato ocasional salva las objeciones a las condenas por maltrato habitual basadas en la vulneración del principio *non bis in idem*. Sin embargo, en la práctica, terreno en el que se concentran las mayores dificultades que obstaculizan su apreciación, la creación del delito de violencia ocasional en 2003 y la posterior agravación de género introducida en el artículo 153.1 del Código Penal por la Ley Integral (LO 1/2004) han tenido un pernicioso efecto de fomento de una praxis de la Fiscalía y la judicatura tendente a eludir el largo y tortuoso camino —no exento, además, de persistentes y muy relevantes dudas hermenéuticas sobre el propio concepto legal de habitualidad y su compatibilidad con los principios de *non bis in idem* y "cosa juzgada"— que lleva hasta el castigo por violencia habitual; al haberles proporcionado un atajo menos difícil y abrupto, al tiempo que les permite dotar de más seguridad a las víctimas, que el que de las faltas de lesiones. Hace una década Laurenzo Copello (Laurenzo, 2004:840) vaticinaba: "si las dificultades derivadas de la tramitación de los hechos como falta no convencieron a los operadores del Derecho sobre la necesidad de indagar a fondo en la auténtica magnitud de la violencia escondida detrás de una primera denuncia, ¿qué cabe esperar ahora que la ley les facilita la aplicación de penas de prisión y medidas cautelares contundentes —incluida la prisión

[147] Así, Sentencias de la AP de Murcia (sec.3°) 52/2015, de 3 de febrero (ponente: Ilmo. Sr. Dr. Juan del Olmo Gálvez) y 70/2015, de 11 de febrero de 2015 (ponente: Ilmo. Sr. Dr. Álvaro Castaño Penalva).

provisional— ante un episodio único de maltrato ocasional? No es difícil pronosticar que este cambio legislativo condena a una función casi residual al delito de violencia habitual del artículo 173.2, que cederá todavía más terreno a la antigua falta de malos tratos hoy convertida en delito". Diez años más tarde, la realidad confirma el acierto de un pronóstico que se confirma con las cifras relativas a la aplicación del referido precepto, "precisamente la figura delictiva que con mayor claridad y consistencia capta las situaciones de riesgo severo para la vida e integridad de las víctimas de violencia doméstica" (Laurenzo, 2008: 2101)[148].

2. La LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género no incorporó la perspectiva de género en el delito de violencia física o psíquica habitual del artículo 173.2 del Código Penal, y tampoco lo ha hecho la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, —en vigor desde 1 de julio de 2015— pese a haber introducido previsiones que son claros exponentes de dicha perspectiva[149]. El maltrato habitual ejercido por el varón sobre la mujer pareja o ex pareja sigue siendo considerado por el legislador español —incomprensible e invariablemente desde 1989— como una manifestación más de la violencia intrafamiliar o doméstica. Por lo demás, las modificaciones realizadas

[148] Así, con arreglo a los datos que recoge la Memoria de la Fiscalía 2013 sobre violencia de género, cuyos datos se refieren a 2012, el delito por el que mayoritariamente se condenó fue el de maltrato ocasional del artículo 153 CP (15.073 condenas), lo que supuso en relación al total el 51 %; seguido del de amenazas leves del artículo 171.4 CP (4.583, es decir, el 15 %); lesiones menos graves y graves de los artículos 147 y siguientes (2.657, es decir, 9 %), quebrantamiento de medida (2.340, lo que representa un 8 %) y quebrantamiento de condena del artículo 468 CP (1.680, es decir, el 6 %) y por maltrato habitual del artículo 173.2 CP fueron 1.672 (6 %). Similares datos, referidos a 2013, ofrece la Memoria de la Fiscalía 2014: el delito por el que mayoritariamente se condenó fue el de maltrato ocasional del artículo 153 del C.P. (13.448; 54.17 %) seguido del de amenazas leves del artículo 171.4 C.P. (3765; el 15.15 %); lesiones menos graves y graves de los artículos 147 y ss. (1790; 7.20 %), quebrantamiento de medida cautelar (1671; 6.72 %); de maltrato habitual del artículo 173.2 del C.P. (1.620; el 6.51 %); de quebrantamiento de condena (1.134; 4.56 %) y de coacciones del artículo 172.2 (813; 3,27 %).

[149] Como la incorporación del género como motivo de discriminación en la circunstancia agravante 4ª del artículo 22 del Código Penal. Vid. sobre las modificaciones relacionadas con la violencia de género llevadas a cabo por la LO 1/2015 Magro Servet (2015).

en el tipo legal son de carácter meramente formal, mientras que las consecuencias punitivas de su comisión, en cambio, han sido ampliadas mediante la adición de un párrafo que contempla la posibilidad de imponer una medida de libertad vigilada, posibilidad que se recoge también en relación con todos los delitos de lesiones siempre que la víctima sea alguno de los sujetos a los que se refiere el artículo 173.2.

3. Como se ha expuesto en apartados precedentes de este trabajo, la incriminación como delito de conductas de escasa entidad —decisión de muy cuestionada adecuación al principio de proporcionalidad— el rechazo de la violencia de género como categoría con entidad propia y diferenciada de la violencia doméstica, así como el cuestionamiento de la constitucionalidad de la tutela reforzada que dispensa el Código Penal a las mujeres víctima de violencia de género por obra de la Ley Integral —solo formal o teóricamente "paliado" por los pronunciamientos reiterados del tribunal Constitucional— han generado en algunos sectores minoritarios de la judicatura estrategias para la elusión del delito y la subsunción en las faltas de lesiones (artículo 617.1) y de maltrato de obra (artículo 617.2), paradójicamente amparadas en el artículo 1.1. de la Ley Integral. Dada la muy reciente supresión del Código penal de las faltas, y la transformación en delito leve de la falta de lesiones y de maltrato de obra, serán dichos delitos leves, tipificados, respectivamente, en los artículos 147.2 y 147.3 las figuras hacia las que podrán reconducirse las referidas estrategias[150]. No obstante, las más recientes decisiones del Tribunal Supremo han acogido un criterio interpretativo del artículo 153.1[151] opuesto al del referido

---

[150] Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer mantienen la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos leves (letra d) del nº 5 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nótese que las penas previstas para la falta de lesiones en el artículo 617 eran las de localización permanente de 6 a 12 días o multa de uno a dos meses, y el nuevo delito leve de lesiones del artículo 147.2 castiga con la pena de multa de uno a tres meses. Por su parte, la falta de maltrato de obra del artículo 617.2 estaba castigada con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días, y desde el 1 de julio, como delito leve, con pena de multa de uno a dos meses.

[151] Modificado por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde 1 de julio de 2015, tan solo a efectos de adaptar las remisiones que recoge su texto a los preceptos reformados como consecuencia de la desaparición de las faltas.

sector minoritario que restringe drásticamente las posibilidades de eludir su aplicación mediante la negación de la calificación de violencia de género a los actos enjuiciados.

Bibliografía

Acale Sánchez, María, (2000), *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch.

— (2009), "Análisis del Código penal en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal", *REDUR 7*.

Alonso Álamo, Mercedes, (2005), "¿Hacia el reconocimiento legislativo de un bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado Derecho Penal de género", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo/Morillas Cueva, Lorenzo/Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

Aránguez Sánchez, Carlos, (2005), "El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/ Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

Arroyo Zapatero, Luis, (2008), "Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la Ley contra la violencia de género", en Muñoz Conde, Francisco (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Asúa Batarrita, Adela, (2004), "Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre", en *Cuadernos penales José María Lidón* nº 1, Bilbao, Universidad de Deusto.

Barquín Sanz, Jesús (2001), *Delitos contra la integridad moral, Barcelona, Bosch.*

Benítez Jiménez, María José (2004), *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, Edisofer.

Boldova, Miguel Ángel/Rueda, María Ángeles, (2004), "La discriminación positiva de la mujer en el ámbito doméstico", en *Diario La Ley* 6146, 14 de diciembre de 2004.

Bolea Bardón, Carolina, (2007), "En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09 de febrero.

Calvo García, Manuel, (2005), "*Evolución de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección Integral contra la Violencia de Género*", en *Cuadernos penales José María Lidón, 2*.

Castelló Nicás, Nuria, (2005), "Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica de artículo 173.2", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

Cerezo Domínguez, Ana Isabel, (2000), *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico, Valencia, Tirant lo Blanch.*

Comas D'Argemir i Cendra, Montserrat/Queralt i Jiménez, Joan J., (2005), "La violencia de género: política criminal y ley penal", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Civitas.

Consejo General del Poder Judicial, (2001), "Informe sobre la violencia doméstica", en *Actualidad Penal*, 16-22 de abril.

— (2004a), "Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer", en *Actualidad Penal*, 21 de junio.

— (2004b), "Voto particular al acuerdo de la Comisión de Estudios e Informes de fecha 21 de junio de 2004".

Cuello Contreras, Joaquín y Cardenal Murillo, Alfonso, (2005), "Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica", en Carbonell Mateu, Juan Carlos/ del Rosal Blasco, Bernardo y Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/ Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

De Vicente Martínez, Rosario, (2004), *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. El artículo 173.2 y 3 del Código penal: algunas cuestiones*, Salamanca, Pérez Álvarez, Fernando (ed.).

Durán Febrer, María, (2004), "Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Artículo 14. Una perspectiva de género nº 17.*

Faraldo Cabana, Patricia, (2006), "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho Penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género", en *Revista Penal*, nº 17.

Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga. Sección de violencia sobre la mujer, (2006), Memoria de la actividad de la Sección de Violencia sobre la Mujer del año 2006.

Fiscalía General del Estado, (2005), Circular 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Gil Ruiz, Juana María, (2004), "Análisis teórico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal", en Rubio, Ana (coordinadora): *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.

Gimbernat Ordeig, Enrique, (2004), Prólogo a la 10° edición del *Código Penal*, Madrid, Tecnos.

Gómez Navajas, Justa, (2004), "¿Existe una protección penal adecuada frente a los malos tratos? Consideraciones sobre los artículos 153 y 173.2 del Código Penal", en Rubio, Ana (coordinadora), *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer.

González Rus, Juan José, (2005), "Reconsideración crítica del concepto de 'habitualidad'" en el delito de violencia doméstica, en *Estudios penales y criminológicos XXV*.

Gracia Martín, Luis, (1996), "El delito y la falta de malos tratos en el Código Penal de 1995", en *Actualidad Penal*, n° 31.

— (1997), "Artículo 153", en Díez Ripollés, José Luis/ Gracia Martín, Luis (Coordinadores), *Comentarios al Código Penal Parte Especial I*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Larrauri Pijoan, Elena, (2005), "¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?", en *Cuadernos penales José María Lidón n° 2, Bilbao, Universidad de Deusto*.

— (2009), "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", en *InDret* 1/2009, Barcelona, ps.1/17.

Laurenzo Copello, Patricia, (2003), "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada", en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, n° 14.

— (2005), "La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07de agosto.

— (2006), Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género, en La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006.

— (2008), "Violencia de género y derecho Penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo", en *Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Madrid.

Magro Servet, Vicente, (2015), "Reforma del Código Penal afectante a la violencia de género", en *Diario La Ley*, nº 8539, Sección Tribuna, 14 de mayo de 2015, Ref. D-189, La Ley 3277/2015, Ciudad, La Ley,

Maqueda Abreu, María Luisa, (2001), "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz* Quintero Olivares, Gonzalo/Morales Prats, Fermín (coords.), Pamplona, Aranzadi.

— (2006a), "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 8-02.

— (2006b), "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004", en *Revista Penal*, nº 18.

—(2011), "1989-2009: Veinte años de "desencuentros" entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja", en *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Hormazábal Malarée, H. (coord.), México D.F., Ubijus.

Morillas Cueva, Lorenzo, (2005), "Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres", en Carbonell Mateu, Juan Carlos del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

Muñoz Sánchez, Juan, (2004), "Comentario al artículo 173 del Código Penal", en Díez Ripollés, José Luis Romeo Casabona, Carlos María (coordinadores), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial II*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Olaizola Nogales, Inés, (2010), "Violencia de género: Elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX.

Olmedo Cardenete, Miguel, (2001), *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, Atelier.

Prieto del Pino, Ana María, (2005), "Comentario a la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2004: La correcta inclusión de las relaciones de noviazgo sin convivencia en el ámbito típico de los delitos de violencia doméstica".

— (2007), "Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (STS 216/2007)", en *Artículo 14. Una perspectiva de género*, nº 24.

—(2008), "La incidencia de la Ley Integral en el Derecho Penal sustantivo español", en *Articulaciones sobre a violencia contra las mujeres*,

Aponte Sánchez, Élida y Femenías, María Luisa (comps.), La Plata, Edulp.

— (2010), "La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales de la ley Integral", en *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Heim, Daniela y Bodelón González, Encarna, (coords.), vol. II, Barcelona, Grupo Antígona.

Ramón Ribas, Eduardo, (2013), *Los delitos de violencia de género según a jurisprudencia actual, en Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, Universidad de Santiago de Compostela.

Sanz Morán, Ángel José, (2011), "La respuesta penal a la violencia intrafamiliar. Algunos problemas interpretativos, en Hormazábal Malarée, H. (coord.), *Estudios de Derecho Penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, México D.F., Ubijus.

Del Rosal Blasco, Bernardo, (2005), "La política criminal contra la violencia doméstica: ¿alguien da más?", en Carbonell Mateu, Juan Carlos del Rosal Blasco, Bernardo /Morillas Cueva, Lorenzo/ Orts Berenguer, Enrique/Quintanar Díez, Manuel (coords.), *Estudios Penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Madrid, Dykinson.

Stangeland, Per, (2004), Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15.

Tamarit Sumalla, Josep María, (2005), Comentario al artículo 153 CP, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.)./Morales Prats, Fermín, (coord..), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, Thomson-Aranzadi.

CAPÍTULO 6

La tipificación de los delitos contra la libertad sexual en Sudamérica

Cynthia Silva[152] *y Jeannette Llaja*[153]

Históricamente los delitos sexuales fueron vistos como un atentado contra el honor y las buenas costumbres de la familia y concretamente los intereses del *pater familia*. En ese marco, el derecho penal fue utilizado como un instrumento de control de la sexualidad de las mujeres, protegiendo solo a aquellas que fueran "honestas" y a la vez legitimando la violación dentro del matrimonio. La virginidad como expresión del honor de la mujer, en el fondo traducía un orden en el que se dejaba en segundo plano su capacidad de decidir o la valoración de su consentimiento. Estos criterios, percibidos como obsoletos actualmente, aún persisten en el razonamiento judicial de algunos operadores de justicia y en algunos sectores de la sociedad; de ahí que sea relevante revisar como son incompatibles con el ordenamiento jurídico constitucional. La intervención del Derecho Penal tiene como condición el respeto de límites propios del Estado Constitucional de Derecho. Uno de los principios limitadores que justifican el despliegue del poder punitivo estatal es la protección exclusiva de bienes jurídicos, los que están referidos a

---

[152] Abogada (PUCP). Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Consultora en temas de justicia penal y género.

[153] Abogada. Especialista en género, derechos humanos y derecho constitucional. Asociada de DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

situaciones o relaciones de la realidad social y no meros derechos o facultades subjetivos. Se trata de intereses sociales y no simples pretensiones subjetivas (Diez Ripolles, 2002:107-108).

Estos bienes se encuentran recogidos explícita o implícitamente en los principios constitucionales. Así, están compuestos no solo por una dimensión descriptiva basada en la autoridad formal, sino por una dimensión axiológica que marca las exigencias valorativas; de las que se deben impregnar a las normas penales. En tal sentido, estos principios constitucionales deben tener una incidencia relevante "sobre el procedimiento para la determinación y aplicación de las disposiciones penales" (Montoya Vivanco, 2013:116), pues la Constitución es un criterio para construir normativamente el contenido del concreto bien jurídico y no solo una referencia formal. Sin embargo, no todo interés de relevancia constitucional debe ser protegido penalmente y, menos aquellos que no tengan esta relevancia, tal como sucede con el quebrantamiento de órdenes éticos o morales no recogidos por la Constitución (Berdugo Gómez de la Torre, 2012:209).

Estos intereses derivan de los fundamentos y finalidades del Estado social y democrático de Derecho y comprenden, de acuerdo a la normativa constitucional: 1. bienes de carácter social y de titularidad colectiva cuya garantía el Estado está obligado a realizar (por ejemplo, patrimonio artístico, histórico y cultural, la salud pública, el medio ambiente, etc.); 2. Las posibilidades efectivas del ejercicio derechos individuales, sin "inmiscusión punitiva en la esfera moral" (por ejemplo, vida, integridad, libertad, igualdad, etc.) y 3. El adecuado cumplimiento de las funciones estatales, administrativas y de administración de justicia, e incluso, algunos aspectos de las conductas realizadas por los parlamentarios (por ejemplo, delitos de funcionarios públicos, delitos contra la administración de justicia, etc.) (De Toledo y Ubieto, 1990:16). En todas estas dimensiones, se deben proscribir la imposición de determinadas creencias morales (De Toledo y Ubieto, 1990), y en ese marco desterrar de las leyes nacionales, comportamientos que no ameritan represión.

Este mandato aún es un pendiente en algunas legislaciones como la peruana, donde se prescribe la protección penal del pudor público; y en donde a través de una sentencia se protegió una dimensión de la sexualidad vinculada a la colectividad incluso sobre la libertad sexual individual. Se trata de un caso de exhibición de masturbación y tocamientos no consentidos en los glúteos, ambas conductas en agravio de una mujer adulta, en un transporte público. En este caso, la instancia judicial declaró fundada la excepción

de naturaleza de acción por considerar que los hechos denunciados no calificaban como delito. El delito descartado por la jueza fue el de exhibiciones obscenas, comprendido en el Capítulo XI del Código Penal, titulado Ofensas al pudor público154. La Jueza sustentó su decisión en que para estos delitos, la afectada no es quien se somete a los tocamientos y a exhibiciones sexuales comprendidos por ese delito, sino una colectividad que haya contemplado el hecho "indecoroso", en contra de su voluntad. Dicha decisión se tomó a pesar de que la denuncia estaba referida a actos sexuales no consentidos cometidos en espacios públicos[155].

En este caso se lleva a cabo una interpretación del tipo penal que actualiza la vigencia de un valor propio de una esfera moral, que no encuentra asidero constitucional. Ello en lugar de interpretar, que el bien jurídico que se afecta con esas conductas es la dignidad y, en particular, la libertad sexual de la víctima.

Situaciones como la señalada evidencian la necesidad de examinar la constitucionalidad de las leyes penales existentes, considerando el marco de acción de la política criminal (Montoya Vivanco, 2013:112); así como de "la coyuntura histórica, de qué bienes, qué relaciones sociales interesa proteger en un momento dado" (Méndez Rodríguez, 1993:28). En esa línea, se hace necesario depurar conceptos moralistas y precisar "el contenido del injusto, donde "lo sexual" quede reinterpretado desde la vulneración de la intimidad y la libertad" (Rincón, 1998:77).

1. El bien jurídico en los delitos sexuales

El dinamismo de los valores recogidos por la Constitución ha permitido que el bien jurídico, protegido a través de la regulación penal de los delitos sexuales, pase del honor, pudor o la honestidad de la mujer a la libertad sexual. En un principio, la acreditación de

---

[154] Código Penal peruano, artículo 183. Exhibiciones y publicaciones obscenas: será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.

[155] Expediente, 11997-2014. Resolución n° 05, de fecha 23 de abril de 2015. http://rosamariapalacios.pe/2015/05/14/mostrar-y-frotar-sexo-en-transporte-publico-que-es-delito-y-que-no (Última visita: 26/03/2016).

la honestidad constituía un condicionamiento para el despliegue de la protección penal de la víctima de violencia sexual. Este criterio ha sido dejado de lado ante el reconocimiento de que la capacidad de las personas de decidir sobre la sexualidad y la garantía de su protección, están directamente relacionadas con los principios de dignidad, de igualdad y no discriminación; así como ante el reconocimiento paulatino de que la valoración positiva de la sexualidad está relacionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En ese marco se justifica la intervención del derecho penal por tratarse de ataques contra la libertad, la que se considera un presupuesto básico del orden social (Diez Ripollés, 2001:53). La protección de la libertad sexual se orienta a vedar aquellos "comportamientos que determinan a los ciudadanos a un ejercicio de su sexualidad carente de libertad" (Diez Ripollés, 2001:53).

De ahí que se reconozca que "la violencia o el abuso sexual no es una manifestación de "obscenidad", impudicia, lascivia, depravación, perversidad, indecencia, lujuria, inmoralidad, corrupción, vicio, etc." (Rincón, 1998:57), sino que se trata de una imposición a la víctima, de un ataque a la libertad humillante y vejatorio. Se trata de una imposición sexual que se caracteriza por el acto de dominio, de una parte y de supeditación en aspectos íntimos y personales de la otra parte (la víctima) (Rincón, 1998:73).

Desde esta línea de interpretación se sostiene la exclusión de la afectación a intereses o expectativas del grupo familiar —vinculadas al honor de la familia y la reputación de la agraviada— que se contrapongan a los derechos de quien sufre el ataque sexual (Rincón, 1998:75).

Los países de América del Sur, en general, ya reconocen que los delitos sexuales atentan contra el derecho que tienen las personas, hombres y mujeres, a decidir sobre el ejercicio de su sexualidad. En ese marco, países como Argentina y Chile reconocen como bien jurídico protegido la integridad sexual de las personas; en tanto Bolivia, Brasil y Perú hacen referencia a su libertad sexual. Países como Colombia y Ecuador reconocen ambas categorías. En el primero a través de los delitos sexuales se protege la integridad y la libertad sexual, mientras que en el segundo la protección a la integridad sexual se muestra como una condición para proteger la libertad de las personas. Paraguay es el único país que considera explícitamente los delitos sexuales como medios para proteger el bien jurídico "autonomía sexual".

Cuadro 1: *Bienes jurídicos de los delitos sexuales en la región*

PAÍS	AÑO DE CÓDIGO PENAL (EN VARIOS CASOS CON MODIFICACIONES)	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DE ACUERDO A LOS TÍTULOS RECOGIDOS EN LOS CÓDIGOS PENALES
Argentina	1984	Título III. Delitos contra la integridad sexual[1].
Bolivia	1972	Título XI. Delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, esta se divide en "violación, estupro y abuso deshonesto", "rapto" y "delitos contra la moral sexual".
Brasil	1940	Título VI. Crímenes contra la Dignidad sexual. Capítulo I. Crímenes contra la Libertad sexual. Capítulo II. Crímenes sexuales contra vulnerables.
Chile	1874	Título VII. Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual. Violación, estupro y otros delitos sexuales.
Colombia	2000	Título IV. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. De la violación. De los actos sexuales abusivos.
Ecuador	2014	Capítulo II. Delitos contra los derechos de libertad. Sección Cuarta. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Estupro, abuso sexual, violación.
Paraguay	1997	Capítulo V. Hechos Punibles contra la autonomía sexual (coacción sexual, abuso sexual, acoso sexual, abuso sexual en niños, estupro).
Perú	1991	Título VI. Violación de la libertad sexual. Violación sexual· actos contra el pudor, seducción.

Uruguay	1933	Título X. De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia. De la violencia carnal, corrupción de menores, ultraje público al pudor. Violación, atentado violento al pudor, corrupción, estupro, incesto.
Venezuela	2005	Título VIII. De los delitos contra las buenas costumbres y buen orden de las familias. Capítulo I. De la violación, de la seducción, de la prostitución o corrupción de menores y de los ultrajes al pudor.

[1] En Argentina, en el año 1999, en virtud de la ley 25.087 se modifica el Código Penal de 1984, sustituyendo el bien jurídico honestidad por el de la integridad sexual.
Elaboración propia

Sin embargo, una mirada general también evidencia la persistencia de criterios conservadores que, en la práctica, no reconocen la libertad sexual de las mujeres como bien jurídico penalmente protegido. En Chile y Uruguay, con Códigos Penales que datan del año 1874 y 1933 respectivamente, los delitos sexuales siguen considerándose dentro de los "Crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y la integridad sexual" en el primer caso, o dentro "De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias" en el segundo. Llama la atención que en esa misma línea, Venezuela, con un Código Penal más reciente (2005), ubique estos delitos dentro de aquellos que atentan contra las "buenas costumbres y buen orden de las familias"[156].

Un aspecto preocupante de la nomenclatura de los delitos sexuales de la región es que en la medida que mantienen valores morales como objeto de protección, se deja espacio para la selectividad

[156] Es preciso mencionar que, en Venezuela, la Ley Orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, data del año 2007. Ley 38.668. En su artículo 15 define como violencia sexual "toda conducta que amenace o vulnere el derecho de la mujer a decidir voluntaria y libremente su sexualidad, comprendiendo ésta no solo el acto sexual, sino toda forma de contacto o acceso sexual, genital o no genital, tales como actos lascivos, actos lascivos violentos, acceso carnal violento o la violación propiamente dicha".

de víctimas bajo un examen de intachabilidad y suficiente resistencia, aun cuando la esperada defensa física del honor por parte de las víctimas, puede implicar un mayor riesgo para su integridad o incluso para su vida.

En un lado contrario, Ecuador con una legislación que data del año 2014 considera los delitos sexuales dentro de los "Delitos contra la integridad sexual y reproductiva", ubicando estos ilícitos penales dentro del mismo acápite de delitos como la "inseminación no consentida" o la "privación forzada de la capacidad de reproducción".

Existen dos formas de determinar la prohibición de conductas según este aspecto. La primera es la que, por ejemplo, se presenta en el ordenamiento jurídico peruano, bajo el tipo penal de actos contra el pudor. La segunda forma es la de los tipos penales de rapto presentes en Argentina, Bolivia y Venezuela. Esta figura tal como se ha previsto en Argentina[157] y Venezuela[158], no es acorde con el reconocimiento del derecho a la autonomía sexual de las personas y concretamente de las mujeres; sino que constituye la herencia de una legislación penal conservadora que buscaba proteger a la "mujer honesta" o, en razón de su calidad de menor de edad o de "casada", estas dos últimas condiciones relacionadas a situaciones de dependencia. Frente a ello, en el año 2013 se modificó el Código Penal boliviano y se derogaron las figuras de rapto impropio, rapto con mira matrimonial, las circunstancias de entrega de la víctima para atenuar la pena, así como, la de matrimonio para eximir de pena al agente[159]; manteniendo la figura del rapto para el caso de cualquier persona que es sustraída o retenida, mediante violencia, amenaza grave o engaños, con fines lascivos. La norma boliviana deja de lado la visión estereotipada de las mujeres sin embargo, la mantención del rapto podría impactar negativamente en la sanción de los casos de violación sexual, en tanto se invisibilice en un concurso de delitos, la existencia de violaciones sexuales.

Frente a los rezagos señalados, es preciso reconocer una primacía valorativa del ataque a la libertad, independientemente de

---

[157] Arts. 313 al 317 del Código Penal argentino. Además el art. 311 hace referencia a la "mujer honesta".

[158] Arts. 383 y 386 del Código Penal venezolano.

[159] Primera Disposición abrogatoria y derogatoria de la Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia. Ley 348 del 9 de marzo de 2013. A través de ella se derogaron los artículos 308, 314, 315, 316 y 317 del Código Penal.

valoraciones respecto de la conducta de las víctimas en su vida social o sexual y su reacción frente al ataque.

Finalmente también preocupa que en países en los que se ha establecido explícitamente que se protege la libertad o integridad sexual como bien jurídico, se encuentre jurisprudencia que evidencie rezagos de moralismo, para la calificación de actos sexuales no consentidos. Es el caso de Argentina, donde en el año 2003, cuatro años después del cambio de bien jurídico de honestidad a integridad sexual, se resolvió un caso de violencia sexual considerando "indudable" que estos delitos lesionan la honestidad como bien jurídico (Salanueva, 2015:16); o el caso de abuso sexual agravado con acceso carnal y aprovechamiento de la situación de convivencia preexistente, en el que se valoró la timidez de la agraviada y que nunca antes había tenido novio —es decir que no ha tenido experiencia sexual—, como aval de la veracidad de la incriminación (Salanueva, 2015:128).

2. La acción penalmente prohibida en los delitos sexuales

Otro límite importante a la intervención del derecho penal está dado por el principio de legalidad. Solo es posible sancionar penalmente a una persona por la realización de un comportamiento nocivo al bien jurídico tutelado, si dicha conducta está contemplada por el supuesto de hecho de una norma penal. En cada caso concreto además debe verificarse que quien comete la conducta tiene conocimiento de lo antisocial de su comportamiento (Plascencia Villanueva, 2004:90).

En ese sentido, Roxin sostiene que la orientación de la tipicidad se destaca desde una protección de carácter subsidiario y fragmentario de bienes jurídicos. Es decir, el tipo penal contempla estrictamente comportamientos que supongan la creación de riesgos prohibidos que afecten o amenacen bienes jurídicos. De allí la importancia de la doctrina del riesgo permitido como uno de los criterios determinantes de la exclusión de imputación objetiva (Montoya Vivanco, 2013:113).

En materia de delitos sexuales, se encuentran algunos aspectos problemáticos relacionados al tipo penal. Un primer punto a desarrollar es el concurso de delitos que se presenta cuando la violación

o las otras formas de violencia sexual se dan de manera reiterada por el mismo agresor contra la/s misma/s agraviada/s.

Estudios sobre delitos sexuales en Colombia y Perú evidencian la aplicación de este supuesto. Mientras en Colombia se han identificado casos en los que el concurso homogéneo sucesivo ha sido aplicado incluso con mayor claridad que en casos de concurso heterogéneo (entre violación sexual y lesiones) (Barraza, 2010:156); en Perú se ha omitido hacerlo, pese a que las agraviadas denunciaban que los delitos de "violación sexual" o "actos contra el pudor", se habían cometido en más de una oportunidad. En Perú también se encontró un caso de violación sexual en el que el agresor se llevó y retuvo a la agraviada por varios días; sin embargo, fue sancionado solo como un caso aislado de violación, sin considerar la reiterancia de la agresión, ni que el fiscal haya denunciado además por delito de inducción a la fuga (Llaja Villena y Silva Ticllacuri, 2016:84).

2.1. La acción penalmente prohibida en los casos de violación sexual

La mayoría de países suele referirse al "acceso carnal" como aquella conducta, que en determinadas circunstancias, constituye la violación sexual (Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Colombia, Ecuador y Perú). En Uruguay se hace referencia a la "conjunción carnal" y en Venezuela al "acto carnal". En un estilo diferente en Brasil se hace referencia a la *Conjunção carnal* y en Paraguay directamente al "coito".

Sobre el frecuentemente utilizado término "acceso carnal", como la acción típica de la violación sexual, se ha señalado que tiene un contenido indeterminado. No obstante, existe consenso en que se trata de una de las formas de acto sexual en la que es indispensable el contacto físico en una modalidad heterosexual o de imposición sexual como manifestación de la dominación eminentemente masculina (Lamarca Perez, s/f).

Cabe mencionar que esta modalidad de acto sexual tiene como paradigma la penetración del pene en la vagina; considerándose los demás supuestos variantes en cuanto a la parte del cuerpo en la que se realiza la penetración, así como el objeto utilizado para ello. En tal sentido, se abre la posibilidad de sancionar como violación sexual la penetración anal o bucal, con lo cual es posible la comisión de una violación cometida de hombre contra hombre, así como de mujer contra hombre y de mujer contra mujer requiriéndose necesariamente que se realice la penetración.

La descripción normativa evidencia que solo la denominación de Paraguay (coito) podría reducir la conducta típica a la penetración del pene a la vagina; mientras que países como Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela han optado por explicitar el concepto de "acceso carnal" con el objetivo de incorporar conductas igualmente graves. Asimismo, se encuentra que países como Brasil, Paraguay y Uruguay no han especificado las vías diferentes a la vaginal por las que se puede cometer la violación sexual; o el caso de Bolivia donde el tipo penal contempla que la violación sexual se configura por la vía vaginal y anal, sin mencionar la vía bucal como supuesto del delito.

Cuadro 2: *Acción típica de la violación sexual*

PAÍS	CONDUCTA
Argentina	Acceso carnal por cualquier vía (art. 119 del Código Penal).
Bolivia	Actos sexuales no consentidos que importen acceso carnal, mediante la penetración del miembro viril, o de cualquier otra parte del cuerpo, o de un objeto cualquiera, por vía vaginal, anal u oral, con fines libidinosos (art. 308 del Código Penal).
Brasil	Conjunção carnal (art. 213 del Código Penal).
Chile	Accede carnalmente por vía vaginal, anal o bucal (art. 361 del Código Penal), introducción de objetos de cualquier índole, por vía vaginal, anal o bucal, o se utilizaren animales (art. 365 del Código Penal).
Colombia	Acceso carnal violento (art. 205 del Código Penal). Se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto (art. 212 del Código Penal).
Ecuador	Acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril (art. 171 del Código Penal).
Paraguay	Al coito con el autor o con terceros (art. 128 del Código Penal).
Perú	Obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (art. 170 del Código Penal).
Uruguay	Conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse (art. 172 del Código Penal).

Venezuela	Acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales (art. 374 del Código Penal).

Elaboración propia

La adecuada o inadecuada descripción normativa de la acción penalmente prohibida se complejiza cuando es interpretada para limitar la protección del bien jurídico tutelado. Por ejemplo, en el Perú, una sentencia asevera que la violación sexual de un niño de 8 años de edad, perpetrada a través de la succión del pene del agraviado, es menos grave que la violación cometida por vía vaginal o anal. Se identifica que este razonamiento fue tomado de la doctrina argentina, la que se deriva de una legislación que no establece expresamente que la vía oral constituye uno de los supuestos de violación sexual, tal como ocurre en el Perú desde el año 2004 (Llaja Villena y Silva Ticllacuri, 2016:84).

En este marco debe precisarse que la violación sexual se da independientemente de que el agresor penetre o se haga penetrar. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo español, en su acuerdo plenario de 25 de mayo de 2005160, donde indica que "es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder" (Terradillos Basoco y González Agudelo, 2011:182). Esta posición es comprensible porque estos hechos, cualquiera de ellos pueden generar daños equiparables en la víctima. En todo caso la diferencia de si la penetración la realiza la víctima o el agresor, no es de la que depende una menor gravedad del hecho.

Otros temas no recogidos en las leyes vigentes, pero que devienen de la inadecuada interpretación de las normas penales son el análisis del nivel de penetración (vaginal, anal o bucal) o el estado del himen (casos de violación sexual por vía vaginal). En ambos casos, no porque lo exija el tipo penal, sino porque suelen estar relacionados con la verificación de la consecución de la acción de acceso carnal, penalmente prohibida.

En relación con ello, se han observado interpretaciones cuestionables del tipo penal, en el sentido que se requiere la penetración

[160] Tribunal Supremo Español, Acuerdo Plenario, rto. 25 de mayo de 2005, http://www.poderjudicial.es/stfls/TRIBUNAL%20SUPREMO/ACUERDOS%20y%20ESTUDIOS%20DOCTRINALES/FICHERO/20130228%20Acuerdos%20Pleno%20Sala%20Segunda%20TS.%20Actualizados%20Marzo%202013.pdf (revisado 28/03/2016).

total e incluso la ruptura del himen. La doctrina penal ha sostenido que la consumación del delito de violación sexual no requiere verificar la penetración total, la ruptura del himen, ni la eyaculación, sino que basta con una introducción relevante del pene, reconociendo una dificultad probatoria que presentan los casos de introducción de otros objetos (Terradillos Basoco y Gonzalez Agudelo, 2011:738).

Sobre este tema, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha estimado que la ausencia de desfloración no es evidencia de que la violación no se produjo, sino que puede deberse a que el himen es elástico o a que la penetración solo llegó hasta el "introito vaginal"[161]. Sin embargo, tanto en Colombia[162] como en Bolivia163 denunciaron, en el primer caso que el agresor introdujo el dedo en la vagina de la víctima dejándole dolor en esa área, y en el segundo caso que se produjo violación por vía vaginal. En ambos casos, el órgano jurisdiccional concluyó que la violación no ocurrió porque el examen de medicina legal mostró "himen íntegro no dilatable". Sin embargo, cada uno tuvo una consecuencia distinta, el primero quedó impune, mientras que el segundo fue calificado como actos de abuso deshonesto, calificación que fue confirmada en segunda instancia. Este criterio se contrapone con lo resuelto expresamente por la Corte Suprema colombiana acerca de que el himen íntegro no es evidencia de que la violación no se ha producido.

2.2. La acción penalmente prohibida en otras formas de violencia sexual que no constituyen violación sexual

Las conductas de naturaleza sexual no consentidas, que no constituyen violación sexual, suelen recibir diversas denominaciones en la región, las que en algunos casos son cuestionables. Por ejemplo en Perú llamar "actos libidinosos contrarios al pudor" a actos sexuales

---

[161] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 23.790, sentencia del 7 de septiembre de 2006. En el mismo sentido véase: Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2007-00574, sentencia del 23 de septiembre de 2008; Tribunal Superior de Medellín, proceso 2006-00732, sentencia del 14 de noviembre de 2006. (Cf. Barraza, 2010:62).

[162] Tribunal Superior de Bogotá, proceso 2006-00143, sentencia del 20 de febrero de 2008. (Cf. Barraza: 2010).

[163] Auto Supremo de Bolivia n° 408/2014-RRC. Sucre, 21 de agosto de 2014.

en los que no hay penetración y que se cometen mediante violencia o amenaza grave, otorga nuevamente la centralidad en conceptos como el "pudor" propiciando un examen valorativo respecto del comportamiento social o sexual de la víctima, excluyendo a otras.

No obstante, términos como "actos libidinosos", "actos obscenos" y "actos lascivos", si bien pueden ser interpretados en relación a conductas más relacionadas con lo "inmoral", también pueden ser interpretados desde una perspectiva de protección de la libertad sexual en el marco constitucional. En todo caso son destacables, por la amplitud con la que se describe la violencia sexual como conducta punible, los tipos penales de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Es preciso indicar que en Chile y en Perú, se han considerado supuestos que aluden expresamente al contacto corporal con la víctima como una de las características de la conducta penada. Este supuesto podría reducir el ámbito de protección de la norma, más cuando en el Perú los tocamientos realizados tienen que ser a las "partes íntimas de la víctima", definición que suele restringirse al ámbito de la genitalidad. Asimismo, en Chile se ha previsto que cuando el contacto no se da, solo se sanciona la conducta si el "acto de significación sexual" afecta "los genitales, el ano o la boca de la víctima", más no otras partes del cuerpo. Frente a ello, en el Perú se sancionan los "actos libidinosos contrarios al pudor", supuesto que ha sido interpretado de tal manera que incluiría la contemplación u observación de un acto sexual u otros análogos, yendo más allá del contacto físico y de la genitalidad como centro de estos delitos[164].

Autores como Diez Ripollés, advierten una tendencia político criminal que se orienta a superar la excesiva vinculación del derecho penal sexual a la genitalidad; tendencia que ha sido evidente en España, donde la comisión de la conducta típica "agresiones sexuales" no depende de la intervención del órgano genital de la víctima, el agresor o de ambos (Diez Ripollés, 2013:738). En los países estudiados esta tendencia se mantiene al abordar los casos de violencia sexual que no configuren violación sexual, salvo en los casos de Perú y Chile, en los que aún se alude a la genitalidad en uno de los dos supuestos previstos en la tipificación de este tipo de casos.

[164] Exp. 1060-2012 (Cf. Llaja Villena y Silva Ticllacuri, 2016:51).

Cuadro 3: *Acción típica de otras formas de violencia sexual*

PAÍS	CONDUCTA
Argentina	Abusar sexualmente (art. 119 del Código Penal).
Bolivia	Cuando en las mismas circunstancias y por los medios señalados en los artículos 308 y 308 bis (violación sexual) se realizaran actos sexuales no constitutivos de penetración o acceso carnal (art. 312 del Código Penal).
Brasil	Ato libidinoso (art. 213 del Código Penal).
Chile	Abusivamente realizar una acción sexual distinta del acceso carnal (art. 366). "Se entenderá por acción sexual cualquier acto de significación sexual y de relevancia realizado mediante contacto corporal con la víctima, o que haya afectado los genitales, el ano o la boca de la víctima, aun cuando no hubiere contacto corporal con ella" (art. 366 bis).
Colombia	Acto sexual diverso al acceso carnal (art. 206 del Código Penal).
Ecuador	Ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal (art. 170 del Código Penal).
Paraguay	Padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros. Actos sexuales, solo aquellos que, respecto del bien jurídico protegido, sean manifiestamente relevantes. Actos sexuales realizados ante otro, solo aquellos que el otro percibiera a través de sus sentidos (art. 129 del Código Penal).
Perú	Sin propósito de tener acceso carnal realiza sobre una persona u obliga a ésta a efectuar sobre si misma o sobre tercero tocamientos indebidos en sus partes íntimas o actos libidinosos contrarios al pudor (art. 176 del Código Penal).
Uruguay	La realización de actos obscenos, diversos de la conjunción carnal, u obtuviera que ésta realizare dichos actos sobre sí mismo o sobre persona del culpable o de un tercero (art. 273 del Código Penal).
Venezuela	Actos lascivos que no tuvieren por objeto el acto carnal (art. 376 del Código Penal).

Elaboración propia

Es importante reconocer que la predominancia del contacto físico o la predominancia en la genitalidad de este tipo de delitos, en un contexto en el que se advierte la presencia de estereotipos de género, propicia el dejar de lado la sanción de casos que podrían generar una afectación considerable y equiparable a la conducta tipificada. Estos casos pueden ser los de hacer desnudar a la víctima, obligarla a ver material audiovisual de contenido sexual, entre otros.

Por otro lado, se debe analizar, y en ese contexto cuestionar, la diferente valoración que se da a la violación sexual frente a las otras formas de violencia sexual en las que no existe penetración. Para ello es necesario realizar una interpretación del tipo penal, en claves no sexistas, al partir de las garantías jurídicas referidas a la igualdad formal y sustancial, como reivindicaciones irrenunciables, propias de la instauración del Estado democrático (Rincón, 1998:57).

Una interpretación de los tipos penales relacionados a la violencia sexual, desde la perspectiva principialista y de género, conlleva al cuestionamiento del acento en el acceso carnal como su manifestación más grave; ya que desconoce que es "la afectación de la garantía del legítimo ejercicio de la sexualidad en libertad y sin discriminación" la que tiene primacía valorativa frente a la invasión corporal (Rincón, 1998:75). Esta valoración diferenciada suele traducirse en la mayor sanción impuesta a las conductas sexuales que incluyen invasión corporal (violación sexual) frente a las otras formas de violencia sexual, tal como sucede en todos los países estudiados, salvo Uruguay y Brasil.

La mayor gravedad que se le atribuye al contacto corporal, concretamente la penetración sexual —utilizando el pene u objetos que puedan asimilarse funcionalmente a él con el fin de ser introducidos (Diez Ripollés 2013:736-737)— coloca objetivamente en un menor rango de gravedad al desvalor de acciones consistentes, por ejemplo, en el llamado "cunilinguis" o el frotamiento de vulvas relacionados al ejercicio de la sexualidad lésbica. Con ello se desconoce que el resultado de estos dos últimos supuestos puede ser el mismo que el de la conducta que se tipifica como violación sexual. En ese sentido, mantener la diferente valoración de la gravedad entre estos supuestos evidencia un entendimiento de la libertad sexual y su protección desde una perspectiva eminentemente masculina y fálica.

Otra consecuencia de esta jerarquización entre los delitos sexuales es la dificultad que plantean los supuestos en los que se superponen la violación sexual en grado de tentativa y el delito

consumado de estas otras formas de violencia sexual que no llegan a constituir violación sexual; toda vez que el criterio de la intencionalidad del agente en muchos casos no aporta claridad para la determinación del delito que se ha configurado.

Sobre el particular, en Colombia se observa que los órganos jurisdiccionales llegan a reducir la tentativa de acceso carnal, a formas de violencia sexual tales como los tocamientos; asimismo se han identificado situaciones en las que esta opción se hace deliberadamente con el fin de favorecer al procesado en perjuicio de los derechos de la víctima (Barraza, 2010:157). Situación similar se presentó en el caso peruano, en el que se identificaron casos que configuraban violación sexual en grado de tentativa que fueron calificados como delito consumado de "actos contra el pudor", pues no se consideró ni la conducta de los agresores (que habían despojado de ropa a las víctimas), ni las circunstancias en las que el delito dejó de perpetrarse (por intervención de terceros) (Llaja Villena y Silva Ticllacuri, 2016:98).

3. La apreciación del consentimiento en los delitos sexuales

El consentimiento respecto del acto sexual constituye un eje central de los delitos sexuales, en la medida de que el bien jurídico protegido es la libertad o autonomía sexual de las personas y no su calidad moral o el daño que pueda hacerle a su entorno familiar o social. En ese contexto, diversas legislaciones han establecido supuestos que harían presuponer que el acto sexual se habría producido sin el consentimiento válido de las personas agraviadas, ya sea porque no está en capacidad de decidir (minoría de edad o no tener las condiciones físicas o mentales), o porque siendo legalmente capaces, no consienten esta conducta.

Se acredita la ausencia de consentimiento en el acto sexual, en tanto medien circunstancias de coerción expresas o que constituyan un contexto intimidatorio. Hablamos de contextos intimidatorios en casos de dinámicas de violencia en relaciones familiares y de represión propia de conflicto armado. Otra manifestación de este contexto es aquel que la jurisprudencia española ha llamado de intimidación ambiental y se da cuando varios individuos sin previo acuerdo pero con conciencia de su rol, actúan en conjunto para

transmitir temor a quien terminará siendo la víctima, aunque solo uno de ellos realice la conducta penalmente prohibida (Terradillos Basoco y Gonzalez Agudelo, 2011:180).

Sin embargo, sin encontrarnos en esos casos, puede pasar que el acto sexual no consentido no requiera violencia o amenaza expresa si el agresor detenta algún poder y la víctima se encuentra dentro de su ámbito de dominio. Estas circunstancias pueden presentarse: cuando el perfil criminal del agresor es ya conocido o sospechado por la víctima, por antecedentes sociales misóginos, por superioridad jerárquica en un aparato organizado, etcétera. Estos casos evidencian que estamos ante ataques sexuales —de por sí, ya degradantes y vejatorios para cualquier persona— que se originan en el ejercicio un poder basado en género sobre la víctima, sea hombre o mujer (Terradillos Basoco y González Agudelo, 2011:185).

En relación al consentimiento se ha afirmado que constituye un elemento del tipo, ya que su existencia, excluye la tipicidad, por ejemplo, en el caso de las prácticas sadomasoquistas consentidas. No obstante, es posible que el intercambio sexual haya empezado con consentimiento, pero en un momento dado el sujeto pasivo lo retire —incluso respecto de una práctica concreta y no de toda la relación sexual—. Si el agente persiste en la acción sexual, forzando la voluntad con violencia o intimidación, se configura el delito, desde ese mismo momento (Terradillos Basoco y González Agudelo, 2011:181).

3.1. Del medio (violencia o amenaza) al contexto de coacción que impide el libre consentimiento en el ámbito sexual de las personas adultas

De acuerdo con la mayoría de códigos penales de la región, la ausencia de consentimiento en los delitos sexuales se presupone en aquellos casos en los que el acto sexual se vio mediado por la violencia, fuerza y/o grave amenaza hacia la víctima. Este reconocimiento no necesariamente recoge la existencia de un entorno coactivo que condiciona la voluntad de la víctima, supuesto que suele ocurrir en los conflictos armados internos o de violencia política; es decir casos en los que la voluntad de la víctima no está condicionada por la violencia o la amenaza que en ese momento pudiera recibir de su agresor, sino por todo un contexto de coacción impuesto por un sistema de relaciones de poder que anulan la voluntad de las personas en situación de opresión.

En ese marco, es preciso resaltar la legislación argentina, la que trasciende los criterios formulados y determina que además de la violencia o amenaza, la violación sexual puede estar precedida del "abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción"[165].

En un extremo contrario encontramos la legislación paraguaya, la que presupone ausencia de consentimiento solo si se coaccionó a la víctima "mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o integridad física"[166], supuesto en extremo restrictivo si se trata de resguardar la libertad sexual de la persona agraviada.

Cuadro 4: *Medios o contextos coercitivos que impiden el libre consentimiento en ámbito sexual*

PAÍS	MEDIO
Argentina	Violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.
Bolivia	Intimidación, violencia física o psicológica.
Brasil	Violencia o grave amenaza.
Chile	Fuerza o intimidación.
Colombia	Mediante violencia.
Ecuador	Violencia, amenaza o intimidación.
Paraguay	Mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o integridad física, cuando haya sido coaccionada.
Perú	Con violencia o grave amenaza.
Uruguay	Violencia o amenaza.
Venezuela	Violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona.

Es preciso mencionar algunas legislaciones que, dependiendo de las circunstancias, relativizan la gravedad de la falta de consentimiento, en determinadas condiciones. Por ejemplo, el Código Penal boliviano relativiza la gravedad de las relaciones sexuales forzadas, si estas fueron consentidas al inicio del acto sexual y luego fueron rechazadas por la víctima, en la medida que implicaron soportar actos de violencia física y humillación. Lejos de considerar este

[165] Artículo 119 del Código Penal argentino.

[166] Artículo 128 del Código Penal paraguayo.

segundo hecho como una violación sexual, la aborda como "actos sexuales abusivos" y relativiza la gravedad de la pena; ya que de una sanción de 4 a 10 años de pena privativa de la libertad, pasa a una sanción de 4 a 6 años, agravándose un tercio (es decir, 2 años máximo) si es que se obliga a la víctima a tener relaciones sexuales con terceros[167].

Como supuestos diferentes se abordan los tipos penales que sancionan las relaciones sexuales supuestamente consentidas pero en las que existe un contexto en el que la aceptación se vio condicionada y por lo tanto viciada. En Brasil se sanciona a quien comete "fraude" o utiliza "otro medio que impida u obstaculice la manifestación de la libre voluntad de la víctima" para tener relaciones sexuales; en este caso, la pena es menor a la de violación sexual[168]. También en Uruguay, se presume que la relación sexual fue a través de violencia cuando hubo "fraude", aunque se le reconoce la misma pena que la violación sexual[169].

Por otro lado, en Paraguay se sanciona a quien realizara actos sexuales (aparentemente voluntarios), en el interior de una penitenciaría o una institución para la ejecución de medidas, una institución de educación, un área cerrada de un hospital, o con internados bajo su vigilancia o asesoramiento, disponiendo una pena de hasta 3 años o multa[170]. En esa misma línea en Perú, se sanciona a quien "aprovechando la situación de dependencia, autoridad o vigilancia tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introduce objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías a una persona colocada en un hospital, asilo u otro establecimiento similar o que se halle detenida o recluida o interna"[171]. Y en Uruguay se presume que la relación sexual se dio con violencia (violación sexual) cuando se da con "con persona arrestada o detenida, siempre que el culpable resulte ser el encargado de su guarda o custodia" dándole la misma pena que la violación sexual[172]. En una línea similar,

---

[167] Artículo 312 bis (Actos sexuales abusivos) del Código Penal boliviano. Modificación incorporada por el artículo 83 de la ley 348, Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, de fecha 9 de marzo de 2013.

[168] Art. 214 del Código Penal brasileño.

[169] Art. 272 del Código Penal uruguayo.

[170] Art. 131 del Código Penal paraguayo.

[171] Art. 174 del Código Penal peruano.

[172] Art. 272 del Código Penal uruguayo.

en Venezuela, se sanciona con la misma pena que la violación de menor (15 a 20 años) si la víctima "hallándose detenida o detenido, condenada o condenado, haya sido confiado o confiada la custodia del culpable"[173].

En estos contextos, la legislación penal restringe la libertad sexual de las víctimas, penalizando incluso los casos en los que estas deciden tener relaciones sexuales voluntariamente. Esta restricción no deviene de las características de la voluntad de la víctima, sino del contexto en el que se da, uno en el que la libertad de tránsito está restringida y el cuidado y/o disciplinamiento de la persona recluida, depende justamente del poder o autoridad que detenta la persona que realiza el acto sexual.

En ese contexto, resulta importante recordar que las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma[174] establecen que el consentimiento de la víctima no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre. Si bien esta regla está referida a la tramitación de los crímenes reconocidos en el Estatuto de Roma, son de aplicación pertinente en la tramitación de casos de violencia sexual en sede nacional, al estar relacionadas a circunstancias propias de la violencia de género más que a la naturaleza de crímenes internacionales.

Lo antes señalado además, permite recordar que hay algunas legislaciones, como la colombiana y la boliviana, que sancionan explícitamente la violencia sexual perpetrada como crimen de lesa humanidad o crimen de guerra. En Bolivia, bajo la denominación "padecimientos sexuales" se sanciona a quien en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra una población o un grupo humano someta a una o más personas a violación, o a cualquier forma de abuso sexual, humillaciones y ultrajes sexuales[175]. Por su parte, en Colombia se sanciona a quien, "con ocasión del desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida"[176]. Los tipos penales descritos son importantes,

[173] Art. 374 del Código Penal venezolano.

[174] Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma.

[175] Art. 312 ter del Código Penal boliviano.

[176] Art. 138 del Código Penal colombiano.

no solo porque adecúan la legislación penal a estándares de derecho penal internacional, sino porque reconocen expresamente contextos de coacción que trascienden la relación individual entre el agresor y la víctima.

3.2. La exigencia de resistencia calificación de los delitos sexuales de personas adultas

Ninguno de los países sudamericanos ha previsto la resistencia física como elemento del tipo penal, por lo que no se requiere acreditarla para calificar el acto sexual no consentido, ya sea de violación u otra forma de violencia sexual. No obstante, como se observará en la jurisprudencia, existen casos en los que se ha calificado la falta de resistencia como consentimiento, incluso en aquellos en los que se dio como una forma de precaución para evitar un mayor daño. Este último supuesto permite entender como la exigencia de resistir físicamente la violencia devenía del requerimiento que se hacía a las mujeres de defender su honorabilidad o, incluso, su virginidad.

Una evidencia del requerimiento de resistencia relacionado a la defensa de la virginidad, se presenta en una ejecutoria suprema peruana que resuelve un caso de violación sexual:

"... de igual modo en la obra "Medicina Forense" por el Dr. Sydney Smith, versión inglés, Barcelona, señala en la página doscientos ochenta y dos cito: "Se ha discutido mucho la cuestión de si un hombre puede, valiéndose sólo de sus propias fuerzas, violar a una mujer que se halle en plena posesión de sus facultades. Como es natural que una mujer se resista cuando pueda, presentará señales (...) Es preciso no olvidar que en la violación se necesita derribar a la mujer, mantenerla en el suelo, impedirle que grite, sujetarle las manos de algún modo y abrirle las piernas después de levantarle las ropas. Todo esto, unido al hecho de que ella es todavía capaz de retorcerse, hace dificilísima la introducción del pene, aun tratándose de 'mujer acostumbrada al coito', y mucho más si se trata de una 'virgen cuyo orificio no ha sufrido dilatación'..."[177].

[177] Corte Suprema de la República del Perú, R.N. 3086-2004.

Otra evidencia, esta vez de la jurisprudencia colombiana, se presenta en el caso conocido como el de la bicicleta[178]. La Corte Suprema revocó la condena por considerar que no se configuró delito de actos sexuales violentos por tratarse de un acto sorpresivo y no violento, pues la víctima no puso resistencia a los tocamientos. Según la regla de la lógica construida por la Corte solo es posible configurar el elemento violencia cuando hay oposición de fuerzas. Esta oposición consiste en una manifiesta y seria resistencia de la víctima frente a la agresión, por lo que, los tocamientos "sorpresivos" de los que fue víctima la mujer a lo sumo constituirían un delito contra la moral y la honra y no contra la libertad, integridad y formación sexuales (Barraza, 2010:105). Este supuesto de contrarrestar la violencia con resistencia también se ha manifestado en la jurisprudencia argentina (Salanueva, 2015:130).

En la misma línea se resolvió en Uruguay un caso de violación sexual por parte del cónyuge179. En él se llegó a alegar por parte de la defensa del imputado que como no se constataron marcas en los dedos, ni de otros medios de sujeción, no existió violencia física o moral, concluyendo que "sin resistencia de la víctima, no hay delito de violación". Este argumento es recogido por el fiscal y finalmente, el caso se archiva liberando al agresor de responsabilidad penal.

Otro caso en el que se requirió resistencia pese a que las víctimas estaban objetivamente en riesgo de mayor daño, se presentó en Colombia. En este caso se desvirtuaron los cargos sobre acceso carnal porque las víctimas no opusieron resistencia en circunstancias en que el agresor las amenazó con "chuzarlas"[180].

Sobre la resistencia, es relevante mencionar que la sentencia del caso "MC vs. Bulgaria" de la Corte Europea de Derechos Humanos —por la violación del derecho de la prohibición de la tortura y el derecho al respecto de la vida privada y familiar—, declara que "cualquier enfoque limitado que sea utilizado para condenar delitos sexuales, como requerir pruebas de la resistencia física en

---

[178] Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, proceso 25.743, sentencia del 26 de octubre de 2006.

[179] Jurisprudencia uruguaya sobre cosa juzgada. http://www.cotidianomujer.org.uy/1998/cosa.htm#IV (Revisado 28 de marzo de 2016).

[180] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso 29.308, sentencia del 13 de mayo de 2009. En adelante se hará referencia a esta sentencia como el caso "Barrio Olaya" (Cf. Barraza, XXX: 107).

todos los casos, puede llevar a que ciertos tipos de violación no sean penados y, por lo tanto, ponga en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos"[181].

Respecto de la relación entre la exigencia de la resistencia y la defensa del honor de la agraviada, el Comité CEDAW se ha pronunciado en el caso "RPB vs. Filipinas"[182]. Los hechos que motivaron el dictamen consisten en la emisión de sentencia absolutoria que se sustentó en que no se había demostrado que el acto sexual no había sido consensual y, entre otras consideraciones, es había señalado que "el comportamiento de la autora no era coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza...". No es natural que una víctima de violación (...) no haga siquiera un débil intento de librarse pese a múltiples oportunidades de hacerlo". En particular, podía haber tratado de escapar o de gritar pidiendo ayuda, ya que "el hecho de ser sordomuda no la hace incapaz de hacer ruido". En este caso, el Comité CEDAW consideró que el Estado era responsable de la violación de los artículos 2(c)[183], 2(d)[184] y 2(f)[185] de la CEDAW, leído en conjunción con su artículo 1 y las Recomendaciones Generales nº 18 y 19.

Por otro lado, sobre las exigencias relacionadas a las reacciones de la víctima frente a la violación sexual, el Comité CEDAW emitió

---

[181] TEDH, Caso "MC vs. Bulgaria", Sentencia del 4 de diciembre de 2003. Demanda nº39272/98, párr. 166.

[182] Comité CEDAW. Comunicación nº 34/2011, UN Doc. CEDAW/C/57/D/34/2011 (2014). En ella el Comité CEDAW declaró la violación de los artículos 2(c), 2(d) y 2(f) de la CEDAW en conjunción con su artículo 1 y las Recomendaciones Generales nº 18 y 19.

[183] c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

[184] d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

[185] f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.

dictamen para el caso "Karen Tayag vs. Filipinas"[186], por la violación de los artículos 2 (c), 2(f) y el artículo 5(a)[187], en conjunción con el artículo 1 de la CEDAW; así como la Recomendación General nº 19 sobre violencia contra la mujer. Los hechos que motivaron el dictamen consistieron en la absolución del denunciado bajo argumentos relacionados a que la agraviada no escapó cuando tuvo la oportunidad de hacerlo y que si hubiera tratado de rechazar el acto sexual, el acusado no habría eyaculado y en que no se consideró que la agraviada había advertido que el agresor tenía un arma.

Finalmente, el preciso indicar que las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma establecen que "el consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual"[188], norma que se aplica en la tramitación de los casos que llegan ante la Corte Penal Internacional, pero que es aplicable y pertinente como regla en el ámbito nacional.

Como se observa, la normatividad y la jurisprudencia supra-nacional también coincide con la exclusión del requerimiento de la resistencia para la calificación jurídico penal de los delitos sexuales; aseveración que además responde al principio por el que se reconoce que los actos heroicos no son exigibles para el reconocimiento de derechos.

Finalmente debe señalarse que la incoherencia de lo dispuesto por las leyes vigentes y la actuación del sistema de justicia en este tema, han llevado a países como el Perú a aprobar normas que explícitamente señalan que el silencio o la falta de resistencia de la víctima no refieren el consentimiento de la víctima, tal es el caso del Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116 aprobado por la Corte Suprema y

---

[186] Comité CEDAW. Comunicación nº 18/2008, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (22 de septiembre 2010), párrafo 2.2.

[187] Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; en conjunción con el concepto de la discriminación contra la mujer.

[188] Regla 70.

que incorpora la perspectiva de género como criterio judicial para la apreciación de la prueba en delitos sexuales[169].

3.3. El consentimiento en delitos sexuales contra personas que por circunstancias temporales o permanentes no está en condiciones de decidir

La legislación de la mayoría de países sudamericanos hace expresa alusión a las circunstancias temporales o permanentes que impiden a la víctima adulta dar su consentimiento o negarse a tener relaciones sexuales. Solo la legislación argentina no desarrolla supuestos específicos para esta situación, ya que su tipo penal base es lo suficientemente amplia para incluirlos; en ella se protege a la víctima que "por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

Entre las condiciones reconocidas que impiden que la víctima dé su consentimiento encontramos aquellas relacionadas a la salud mental de la víctima así como aquellas que aluden al estado de inconsciencia. En Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, Perú se hace referencia a una enfermedad mental grave o con una insuficiencia de la inteligencia de la víctima, discapacidad mental, trastorno mental, anomalía psíquica, grave alternación de la conciencia y/o retardo mental, así como a la persona privada de discernimiento. Asimismo en Colombia, Ecuador, Paraguay y Perú se hace referencia al estado de inconsciencia o la privación de sentido de la víctima.

En Argentina, Chile y Uruguay, más allá de las singularidades de la redacción normativa, la regulación está centrada en el consentimiento de la víctima y las condiciones que impiden que ésta se realice; se trata de normas que utilizan el verbo "consentir", "incapacidad para oponerse" o "privada de voluntad"; sin embargo, en los demás países (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Venezuela) hay una explícita alusión a la incapacidad que tienen las víctimas para resistirse.

Venezuela es el único país que expresamente prevé el supuesto de que el imputado puso a la víctima en incapacidad de resistir a través de "sustancias narcóticas o excitantes".

---

[169] Acuerdo Plenario nº 1-2011/CJ-116, aprobado el 6 de diciembre de 2011 por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Los acuerdos plenarios constituyen doctrina legal de aplicación nacional aprobada por las Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Cuadro 5: *Tipos penales de personas que por circunstancias temporales o permanentes no está en condiciones de consentir*

PAÍS	DESCRIPCIÓN	PENA
Argentina	"La víctima que por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" (comprensivo del tipo original) (art. 119 del Código Penal).	La misma pena que la violación por violencia o amenaza o menor de 13 años.
Bolivia	"Aprovechando de la enfermedad mental grave o insuficiencia de la inteligencia de la víctima o que estuviera incapacitada por cualquier otra causa para resistir" (art. 308 del Código Penal).	La misma pena que la violación por violencia o amenaza.
	"El hecho se produce estando la víctima en estado de inconsciencia", "la víctima tuviere algún grado de discapacidad" (art. 310 del Código Penal).	Una pena mayor a la prevista para la violación por violencia o grave amenaza.
Brasil	"Alguien que, debido a una enfermedad o discapacidad mental, no tiene el discernimiento necesario para la práctica del acto, o por cualquier otra causa, no puede ofrecer resistencia" (art. 217-A del Código Penal).	La misma pena que la violación sexual a menores de edad.
Chile	"Víctima se halla privada de sentido o cuando se aprovecha su incapacidad para oponerse". "Se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima" (art. 361 del Código Penal).	La misma pena que violación sexual por fuerza o intimidación.

Colombia	"Persona a la que se haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad psíquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento" (art. 207 del Código Penal).	La misma pena de violación con violencia.
	"Persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir" (art. 210 del Código Penal).	La misma pena de violación sexual a menores de edad.
Ecuador	"Víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse" (art. 171 inciso 1 del Código Penal).	La misma pena que violación por violencia, amenaza, así como violación sexual a menores de edad.
Paraguay	"Estado de inconciencia o que, por cualquier otra razón estuviese incapacitada para ofrecer resistencia" (art. 130 del Código Penal).	Es una pena menor de violación de personas adultas así como violación de menores de edad.
Perú	"Después de haberla puesto en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir" (art. 171 del Código Penal).	Mayor a pena asignada a violación por violencia y amenaza.
	"Conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir" (art. 172 del Código Penal).	Menor a la pena asignada a violación de menores.

Uruguay	"Con persona que, por causas congénitas o adquiridas, permanentes o transitorias, se halla, en el momento de la ejecución del acto, privada de discernimiento o voluntad" (art. 272 inciso 2 del Código Penal).	Igual que violación de menores, así como a la violación por amenaza y violencia.
Venezuela	"No estuviere en capacidad de resistir por causa de enfermedad física o mental, por otro motivo independiente de la voluntad del culpable o por consecuencia del empleo de medios fraudulentos o sustancias narcóticas o excitantes de que éste se haya valido" (art. 374 del Código Penal).	Igual que violación de menores de edad.

Elaboración propia

Como se puede observar, en la mayoría de países se retoma la noción de "incapacidad de resistir" para valorar la ausencia del consentimiento de la víctima. En estos casos, la incapacidad de resistir estaría relacionada a una condición de imposibilidad psíquica o mental permanente o de impedimento grave si es que éste es temporal.

Al igual que en otros casos, se ha identificado jurisprudencia que recoge razonamientos jurídicos que limitan la protección de las víctimas. En este caso, desconociendo que el impedimento mental, en sí mismo, es suficiente para impedir que la víctima de un consentimiento válido.

En una sentencia argentina se absolvió a un imputado por considerar que éste no pudo saber el grado de deficiencia que tenía una mujer adulta con una comprensión mental de una niña de 11 años, reprochando la conducta solo moralmente (Salanueva, 2015:152). En Perú un caso de violación de una mujer adulta con la madurez mental de una persona de 9 a 10 años fue tramitado como violación sexual tipo base, sin considerar su condición mental (Llaja Villena

y Silva Ticllacuri, 2016:79). En ambos casos se relativizó el peso de la imposibilidad psíquica o mental para resistir el ataque sexual.

Esta jurisprudencia daría cuenta que algunos operadores de justicia exigen que la imposibilidad psíquica o mental de resistirse, se traduzca en la imposibilidad del manejo del cuerpo de la víctima; es decir en la imposibilidad física de resistirse. Con ello, no solo el reconocimiento jurídico de la imposibilidad psíquica o mental es inútil, sino que se retoma justamente la noción de "incapacidad de resistirse" proscrita por la jurisprudencia supranacional y el Estatuto de Roma.

Es preciso mencionar que este razonamiento de los operadores de justicia no tiene asidero en Estados Constitucionales cuyo ordenamiento penal en materia de delitos sexuales venimos analizando, toda vez que ha quedado zanjado que la interpretación de los tipos penales sexuales debe darle primacía a la libertad sexual, en tanto se trata de personas con capacidad de consentir actos sexuales.

3.4. El consentimiento e indemnidad sexual de menores de edad

En estos casos la conducta típica se configura con la realización del acto sexual. En tal sentido, no se requiere verificar medios o contexto coercitivos. Ello porque a estas personas no se les reconoce la capacidad de consentir actos sexuales por motivos etarios. Se entiende que por no estar en condiciones de comprender estas situaciones, se las mantiene apartadas de estos hechos para evitar cualquier perturbación a su equilibrio psíquico, libre de injerencias en su proceso de formación sexual[190].

Todos los países de la región reconocen que la mayoría de edad se da a los 18 años y todos también reconocen que la capacidad para consentir las relaciones sexuales se adquiere antes de esa edad. La mayoría de países sudamericanos reconoce que a partir de los 14 años las personas pueden decidir si tienen relaciones sexuales o no, salvo en Argentina, Uruguay y Venezuela que disponen como edad los 12 o los 13 años.

Es preciso indicar que en el caso de Bolivia se reconoce la libertad sexual de los y las adolescentes desde los 12 años siempre y cuando las relaciones sexuales consensuadas se den entre personas cuya

[190] Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n° 8-2012-AI/TC, de fecha 12 de diciembre de 2012. F. J. 35.

diferencia de edad sea menor a 3 años[191]; y que en Uruguay se presume que las relaciones sexuales se dieron con violencia si es que la agraviada tiene menos de 15 años, aunque esta presunción admite prueba en contrario si la víctima tiene por lo menos 12 años cumplidos.

Por otro lado, en Chile y Paraguay hay un reconocimiento diferenciado sobre la autonomía sexual de las personas, dependiendo del sexo de con quien tienen relaciones sexuales. En Chile, la capacidad para decidir tener relaciones sexuales con una persona del mismo sexo recién se adquiere a los 18 años, de lo contrario la otra persona es sancionada con reclusión menor en sus grados mínimos a medio[192], y en Paraguay esta capacidad se adquiere a los 16 años, de lo contrario se es castigado con pena privativa de la libertad de hasta dos años[193]. Esta decisión legislativa penaliza las relaciones sexuales homosexuales de adolescentes incurriendo en discriminación por su orientación sexual, tal como lo señaló para el caso de Chile el Comité de Derechos del Niño en el año 2007[194].

Cuadro 6: *Edad máxima de sujeto pasivo al que se protege indemnidad sexual*

PAÍS	INDEMNIDAD SEXUAL
Argentina	13 años.
Bolivia	14 años, o desde los 12 en tanto la pareja no tenga una diferencia de edad mayor de 3 años.
Brasil	14 años.
Chile	14 años.
Colombia	14 años.
Ecuador	14 años.
Paraguay	14 años.
Perú	14 años.
Uruguay	12 años. Sin embargo cuando son menores de 14 años se presupone la existencia de violencia o amenaza, bajo prueba en contrario.
Venezuela	13 años.

Elaboración propia

[191] Artículo 308 bis del Código Penal boliviano.

[192] Artículo 365 del Código Penal.

[193] Art. 138 del Código Penal paraguayo. Si la víctima es menor de 14 años, la pena se eleva pues se configura "Abuso sexual en niños".

[194] Comité de Derechos del Niño. Examen de los Informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales. Chile. CRC/C/CHL/CO/3. 23 de abril de 2007. Párrafo 29.

Pese a que todas las legislaciones reconocen la libertad sexual de las personas con anterioridad a que éstas cumplan los 18 años, en la mayoría de países se establece una mayor protección a la capacidad de decidir que tienen las y los adolescentes.

Por ejemplo en Perú[195] y Brasil[196], el solo hecho de que las víctimas de violación sexual tengan entre 14 y menos de 18 años determina que las penas asignadas se eleven; mientras que en Argentina[197] la sanción también se incrementa siempre y cuando la violación sexual se haya dado aprovechando una situación de convivencia preexistente.

Asimismo se identifican legislaciones que tipifican aquellas relaciones sexuales aceptadas por las y los adolescentes, pero en las que existe evidencia de que este asentimiento fue condicionado por un contexto de autoridad u aprovechamiento. En Argentina se sanciona a quien tiene relaciones sexuales con una persona menor de 16 años aprovechándose de su "inmadurez sexual en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto a la víctima u otra circunstancia equivalente"[198]; en Chile si el acceso carnal se da abusando de "una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral", cuando se abusa del "grave desamparo" en el que se encuentra o de su "inexperiencia o ignorancia sexual"[199]. Finalmente en Venezuela se sancion=a a quien tiene relaciones sexuales con una persona menor de 16 años, si es que se prevalió de "una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines de la víctima"[200].

Finalmente se encuentran cinco países cuya legislación sanciona las relaciones sexuales con adolescentes en las que medió el

---

[195] Art. 170 del Código Penal peruano.

[196] Art. 213 del Código Penal brasileño.

[197] Art. 119 del Código Penal argentino.

[198] Art. 120 del Código Penal argentino.

[199] Art. 366 del Código Penal chileno.

[200] Art. 374 del Código Penal.

engaño. En Perú[201], Ecuador[202] y Bolivia[203] las víctimas pueden ser mujeres u hombres; sin embargo en, Uruguay[204] y Venezuela[205] solo se protege a mujeres que cumplen con determinado estándar de conducta sexual; pues se habla de "mujer doncella" (Uruguay) y "mujer conocidamente honesta" (Venezuela), haciendo prevalecer valores que no se condicen con la protección de la libertad sexual de las personas, más allá de las decisiones que hayan adoptado en su vida. Por otro lado, Uruguay y Venezuela son los países que describen con claridad la naturaleza del engaño, en Uruguay se habla de "promesa de matrimonio" y en Venezuela de "promesa matrimonial"; en este último caso la protección se amplía hasta los 20 años.

Como se puede observar, es unánime la protección de la indemnidad sexual de las personas menores de edad, más allá de algunas diferencias en el establecimiento de la edad límite. Según el Tribunal Constitucional peruano el reconocimiento de la indemnidad sexual "implica la ausencia de libertad sexual" pues está referida a la incapacidad de poder disponerla y ejercerla, ya que la persona no se encuentra en capacidad de comprender el acto sexual. Este Tribunal además ha señalado que en el caso de las personas menores de edad, a través de la protección de la indemnidad sexual, se busca resguardarlas de "las alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado desarrollo de su personalidad o, más específicamente de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de su incomprensión del derecho penal sexual"[206].

Superada la edad de la indemnidad sexual, se identifican supuestos en los que algunos Estados consideran de mayor gravedad la violencia sexual perpetrada contra adolescentes, valoración que se traduce en una mayor pena por la edad que tienen. Aunque también se identifican supuestos en los que se relativiza su capacidad de decidir, valorando el contexto en el que esta voluntad se

[201] Art. 175 del Código Penal peruano.

[202] Art. 167 del Código Penal ecuatoriano.

[203] Art. 309 del Código Penal boliviano.

[204] Art. 275 del Código penal uruguayo.

[205] Art. 378 del Código penal venezolano.

[206] Sentencia del Tribunal Constitucional peruano n° 8-2012-AI/TC, de fecha 12 de diciembre de 2012. F. J. 35.

despliega; ya sea identificando el engaño del que son víctimas o visibilizando la situación de poder que media entre ésta y su agresor, presumiendo vicios en su voluntad.

4. Las penas asignadas a los delitos sexuales

El Derecho Penal del Estado Social constituye un instrumento dinámico de activa lucha contra el delito buscando evitar su comisión (prevencionismo general y especial), el Derecho Penal ya no responde al simple castigo ante lo ya cometido (retribucionismo clásico) (De Toledo y Ubieto, 1990:13).

La pena en el Estado Social y Democrático de Derecho constituye un mal necesario y solo se justifica si está dirigida hacia la prevención de un delito. No obstante esa necesidad de la pena debe estar justificada a través del principio de proporcionalidad, en el sentido que debe ser idónea o adecuada para conseguir su fin —esto es, la protección de un bien jurídico concreto—; debe ser necesaria —pues no puede haber otras medida o sanción menos lesiva eficaz frente a dicho fin— y debe ser proporcional en sentido estricto, —de modo que el tipo de sanción penal, como el *quantum* de la pena deben guardar una razonable proporción o equilibrio con los bienes jurídicos que se pretende salvaguardar (Zuñiga Rodríguez, 2010:239-240).

El Tribunal Constitucional español además ha relacionado el principio de proporcionalidad con el de legalidad con el fundamento de que este no solo consagra un derecho a no ser penado sin una ley previa y bien determinada, sino a que dicha ley no imponga penas cuyo "contenido" no vulnere algún otro principio constitucional (Mir Puig, 2011:107).

El cuadro 7 muestra las penas asignadas al delito de violación y de violencia sexual, tanto aquella que se perpetró contra personas adultas a través de violencia, amenaza, intimidación; así como contra menores de edad.

Como se puede observar las penas asignadas a los delitos contra la libertad sexual son diversas y dependen de la regulación de cada país, sin embargo existen algunas características que revelarían la mayor o igual preponderancia del bien jurídico protegido, dependiendo de la pena asignada. El presupuesto es que hay una mayor valoración del bien jurídico en la medida que tiene prevista una mayor sanción.

Cuadro 7: *Las penas en los delitos sexuales*

	Violación sexual tipo base (violencia, amenaza)		Violación sexual de menor de edad		Violencia sexual tipo base (violencia, amenaza, etc.)		Violencia sexual de menor de edad	
	Pena Mínima	Pena Máxima	Pena Mínima	Pena Máxima	Pena Mínima	Pena Máxima	Pena Mínima	Pena Máxima
Argentina	6	15	6	15	0.5	4	0.5	4
Bolivia	15	20	20	25	6	10	10	12
Brasil	6	10	8	15	6	10	8	15
Chile	Presidio mayor en su grado mínimo.	Presidio mayor en su grado medio.	Presidio mayor en cualquier a de sus grados.	Presidio mayor en cualquier a de sus grados.		Presidio menor en su grado máximo.	Presidio menor en su grado máximo.	Presidio mayor en su grado mínimo.
Colombia	8	15	4	12.5	3	6	3	5
Ecuador	19	22	19	22	3	5	5	10
Paraguay	2	12	3	15		10		10
Perú	6	8	30	Cadena perpetua.	3	5	5	10
Uruguay	2	12	2	12	2	12	2	12
Venezuela	10	15	15	20	0.5	2.5	0.5	2.5

Elaboración propia

Existen legislaciones que prevén el mismo rango de sanción para los casos de violación sexual perpetrada a personas adultas a través de violencia o grave amenaza con la violación sexual hacia menores de edad. Es el caso de Ecuador, Argentina y Uruguay; sucede lo mismo con Venezuela para los casos de violencia sexual que no constituyen violación. Esta constatación es importante, pues se trata de legislaciones que reconocen la distinta naturaleza de la indemnidad sexual y la libertad sexual de las personas, pero dejan en el juzgador la potestad de definir, de acuerdo al daño y las circunstancias del caso concreto, la gravedad del hecho delictivo.

En Chile, Venezuela, Bolivia y Perú por el contrario, se establece una mayor sanción a los delitos que afectan la indemnidad sexual frente a aquellos que afectan a la libertad sexual. En Perú, Colombia y Ecuador existen penas diferenciadas por la edad de la víctima menor de edad. El presupuesto es cuanto menos edad tiene la víctima mayor es el perjuicio generado. Por ejemplo en Ecuador se establece que la pena de violación de menor de edad estará en el rango de 19 a 22 años, sin embargo, si la víctima es menor de 10 años la pena será indefectiblemente 22 años. Asimismo en Colombia, la pena de violación de menor de edad es de 4 a 8 años, sin embargo, si la víctima es menor de 12 años ésta se incrementará de una tercera parte a la mitad[207] y finalmente en el Perú si la víctima es menor de 10 años la pena será de cadena perpetua, mientras que si tiene entre esta edad y menos de 14 años la pena es de 30 a 35 años. Respecto a estos casos, llama la atención la desproporción en la asignación de las penas en Perú, país en el que la diferencia entre las sanciones es considerable y solo podría evidenciar la desvalorización de la protección de la libertad sexual de las mujeres adultas. En este país, la pena mínima por la violación sexual a una mujer adulta es la 6° parte de lo que le corresponde a la pena mínima de una niña de 10 años; desproporción que no se replica en los demás países.

Asimismo, se encuentra que Uruguay y Brasil sancionan con el mismo rango de pena el delito de violación sexual y los casos de violencia sexual que no constituyen violación. Al igual que en el caso anterior, esta decisión legislativa permite que el juzgador, en el marco del rango permitido, evalúe el daño generado en el caso concreto;

[207] Art. 211 del Código Penal colombiano.

si bien no modifica la definición de la conducta punible que centra el delito de violación sexual en la invasión del cuerpo de la víctima, puede establecer penas equivalentes para casos en los que ésta no estuvo presente pero el daño generado tuvo una dimensión similar.

En general es importante que, en virtud del principio de proporcionalidad de las penas, la pena abstracta prevista por ley penal guarde congruencia con la valoración de los bienes jurídicos de acuerdo a su relevancia y a la gravedad de la lesión. En ese sentido, es necesario que las reformas penales en los países partan de un estudio criminológico y de política criminal; así como de la política penitenciaria para establecer cuáles son los fenómenos que requieren represión punitiva, en qué medida se aplicará el recurso penal y si en todos los casos corresponde la aplicación de la pena privativa de la libertad u otras penas alternativas. Ello con el fin de evitar incongruencias que contravengan principios constitucionales, como cuando la pena abstracta de un delito que atenta contra el patrimonio resulta ser mayor que la que se ha previsto en el tipo penal base de violación sexual en agravio de mujer adulta.

5. A modo de conclusión

La revisión de los códigos penales de los países sudamericanos evidencia cierta homogeneidad en el abordaje de los delitos sexuales. En la mayoría se ha transitado de la protección del honor de la víctima y la familia a la protección de la libertad sexual, bien jurídico que es expresión del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, además de los principios de igualdad y dignidad recogidos en las Cartas Fundamentales de estos países.

Sin embargo, pese a este tránsito, en algunas normas y en el razonamiento judicial, aún persisten criterios vinculados a la moralidad, los que van generando mecanismos de selectividad de las víctimas bajo el examen de la "intachabilidad" de su conducta o la evaluación de la suficiente resistencia expresada frente al hecho violento; criterios que han sido desterrados de los tipos penales, pero que persisten en el enfoque en el que se agrupan los delitos o en el imaginario de los operadores de justicia.

En ese marco, es importante que reconociendo a la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegido, se aborden algunos

puntos que podrían ser redefinidos desde un enfoque de género y derechos fundamentales. En primer lugar, se debe repensar la centralidad que tiene la penetración en la configuración del delito de violación sexual y mínimamente preguntarse si su mantención podría invisibilizar otros hechos violentos con capacidad de generar un daño similar, o si se está reproduciendo una mirada falocéntrica del la conducta ilícita. En segundo lugar, los Estados que aún tienen pendiente, deberían dejar de considerar "la grave amenaza o violencia" como las condiciones centrales para descartar el consentimiento en un caso de violencia sexual; el tránsito hacia una mirada más comprensiva que incluya un contexto de coacción responde mejor a la experiencia de violencia de las mujeres adultas. En tercer lugar, es preciso preguntarse por la proporcionalidad de las penas asignadas a los delitos sexuales, y además revisar los presupuestos que aparentemente son consenso en varios de los países analizados ¿Siempre la pena correspondiente a la violación sexual de persona menor de edad debe ser mayor a la que se asigne a la violación de una mujer adulta? ¿Siempre la violación que incluye la invasión del cuerpo de la víctima va a ser más grave que otras formas de violencia sexual?

Los delitos contra la libertad sexual, independientemente de cómo fueron abordados, han sido sancionados históricamente. La penalización de la violencia en el marco de las relaciones de pareja, el acoso sexual callejero o el feminicidio es muchísimo más reciente. Pese a la antigüedad de la utilización del recurso penal para los delitos sexuales, el nivel de impunidad reportado en los diferentes Estados evidencia lo poco que se ha avanzado en el tema, situación que constituye un desafío para el derecho penal, especialmente considerando que han incorporado expresamente en sus ordenamientos jurídicos, el derecho a una vida libre de violencia de las mujeres.

Bibliografía

Barraza, Cecilia, (2010), *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*, Bogotá, Corporación Humanas.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, (2012), *Viejo y nuevo derecho penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, Iustel.

De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio, (1990), "Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, p. 13.

Diez Ripollés, José Luis, (2002), "Libertad sexual y ley penal", en Redondo, Santiago (Coordinador), *Delincuencia sexual y sociedad*, Barcelona, Ariel.

— (2001), "El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual", en *Derecho Penal y Discriminación de la Mujer* (José Hurtado Pozo, coord.), Lima, Anuario de Derecho Penal 1999-2000.

— (2013), *Política criminal y derecho penal – Estudios*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Lamarca Pérez, Carmen, (s/f), "La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal", disponible en https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174676.pdf

Llaja Villena, Jeannette y Silva Ticllacuri, Luz Cynthia, (2016), *La justicia penal frente a los delitos sexuales. Aplicación del Nuevo Código Procesal Penal en el distrito de San Martín*, Lima, Demus.

Méndez Rodríguez, Cristina, (1993), "Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación", *Servicio Publicaciones Facultad Derecho*, Madrid, Universidad Complutense Madrid.

Mir Puig, Santiago, (2011), *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Iustel.

Montoya Vivanco, Yván, (2013), "Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito", en *Revista Derecho PUCP*, n° 71, p. 116.

Plascencia Villanueva, Raúl, (2004), *Teoría del delito*, 3° reimp., México, Universidad Nacional Autónoma de México, disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/7.pdf

Rincón, Ana, (coord.), (1998), "Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género", País Vasco, Emakunde, disponible en http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub_jornadas/es_emakunde/adjuntos/jornada.13.analisis.codigo.penal.perspectiva.genero.cas.pdf

Salanueva, Olga (dir.), (2015), *Violencia sexual y discurso jurídico. Análisis de sentencias penales en casos de delitos contra la integridad sexual*, Santa Rosa, Universidad Nacional de La Pampa, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas.

Terradillos Basoco, Juan María y González Agudelo, Gloria, (2011), "Lección 8: Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)", en *Lecciones*

y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo III: Derecho penal. Parte Especial. Volumen I, Terradillos Basoco (coord.), Madrid, Iustel.

Zúñiga Rodríguez, Laura, (2010), "Lección 9: La pena en un Estado Social y Democrático de Derecho", en *Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. Tomo I: Introducción al derecho penal (Berdugo de la Torre Ignacio *et al.*, coords.), Madrid, Iustel.

CAPÍTULO 6

La explotación económica de la sexualidad: sus problemas y cómo combatirlos. Una crítica luego de una década de políticas abolicionistas

Florencia Sotelo[208]

1. Introducción

En las últimas dos décadas, la trata de mujeres con fines de explotación sexual se instaló como un tema central en la agenda de derechos humanos. La visibilización de este problema dio lugar a un debate más profundo sobre la necesidad de combatir o —no— toda forma de comercio sexual. La discusión dio lugar a la formación de dos grandes grupos: el abolicionismo, que sostiene que la explotación económica de la sexualidad es opresiva y degradante y debe ser combatida activamente por el Estado; y el no-abolicionismo, que coincide en que las condiciones que caracterizan el ejercicio de la actividad son violentas y degradantes, pero no cree que sea un rasgo "esencial" de la prostitución sino el resultado de su estigmatización y criminalización. Dentro de cada grupo es posible identificar, a su vez, distintas expresiones.

Desde la sanción del Protocolo de Palermo a la fecha, el abolicionismo logró imponerse como el modelo hegemónico. En este proceso jugó un rol clave el gobierno de Estados Unidos, quien a través de presión política y financiera internacionalizó su agenda anti-prostitución. En este objetivo coincidieron con el llamado

---

[208] Abogada (UBA). LL.M. (Columbia University).

"feminismo radical", una rama del movimiento de mujeres que, desde presupuestos teóricos muy distintos, también lucha contra la industria sexual. La coincidencia de estos actores llevó a la conformación de un discurso anti-trata que criminaliza u obstaculiza toda forma de explotación económica de la sexualidad y niega la posibilidad de distinguir entre prostitución forzada y voluntaria.

Este trabajo se inscribe en la línea de aquellos que, desde hace años, sostienen que es necesario complejizar la mirada sobre el comercio sexual y alertan sobre los efectos adversos —no deseados— de la criminalización de la prostitución. En la primera parte del artículo expondré los lineamientos de las dos principales corrientes que integran el movimiento abolicionista. En el acápite 2.2 desarrollaré los hitos que permitieron el triunfo del abolicionismo a nivel global y me enfocaré en el rol del gobierno de los Estados Unidos en este proceso. En la sección 2.3 describiré las características que adoptó el relato abolicionista sobre la trata de mujeres y lo confrontaré con los últimos informes elaborados por organismos internacionales sobre las dimensiones y tipologías de casos de trata de personas. En el punto 3 analizaré el caso argentino como un ejemplo de la tendencia internacional hacia la progresiva adopción de medidas abolicionistas y expondré los problemas que se han verificado a lo largo de estos años. En la última sección, desarrollaré las críticas que se han formulado desde el paradigma no-abolicionista y que sirven para redefinir los males de la explotación sexual que queremos combatir y las herramientas más apropiadas para hacerlo.

La implementación de políticas abolicionistas durante al menos una década, junto a los avances en materia de relevamiento y sistematización de casos de trata sexual que se produjo en estos años, mejora las condiciones para que retomemos este histórico debate.

2. El abolicionismo frente a la explotación económica de la sexualidad

Los orígenes del abolicionismo se remontan a comienzos del siglo XX. A riesgo de simplificar sus distintas manifestaciones históricas, sostiene que la prostitución es una forma de violencia contra la mujer tanto es su faz individual (pues implica la deshumanización de quien se prostituye) como social (porque permite y fomenta

la objetualización de todas las mujeres). Se trata de una actividad esencialmente degradante y opresiva, que debe ser erradicada.

En este modelo confluyen académicas y activistas con posiciones ideológicas tan dispares como organizaciones políticas y religiosas conservadoras y las llamadas feministas radicales, a quienes en este artículo me referiré como "feministas de la dominación"[209]. Aunque estos grupos tienen posiciones irreconciliables en otros temas de la agenda feminista (en particular, el derecho al aborto), coinciden en que la industria sexual debe ser abolida. Si bien el camino por el que llegan a esta conclusión reconoce importantes diferencias teóricas, en la práctica promueven las mismas políticas públicas encaminadas a eliminar la explotación económica de la sexualidad.

Dentro del abolicionismo se distinguen dos líneas de argumentos. Por un lado, están las críticas que se derivan de la distinta forma de entender la sexualidad que caracteriza a los dos principales grupos abolicionistas. Por el otro, las críticas centradas en las condiciones opresivas de ejercicio de la prostitución.

Para los grupos conservadores y religiosos, la prostitución está mal porque es una expresión de la sexualidad sin fines reproductivos y por fuera del matrimonio heterosexual (Chuang, 2010:1665). Esta concepción se asocia con una visión esencialista de la mujer, que la circunscribe a los roles de esposa, madre y depositaria de ciertos valores morales (integridad, honestidad, generosidad, compasión y, en general, aquellos valores comúnmente asociados a la idea de "femenino"). Algunas corrientes sostienen que el lugar de la mujer es en el hogar y rechazan cualquier actividad que implique su ingreso al mercado laboral. Las menos conservadoras abrazan la inserción laboral femenina, pero prefieren aquellas actividades que expresan mejor la naturaleza femenina (trabajo doméstico, cuidado de niños y ancianos, enfermería, etcétera).

Las feministas de la dominación conforman la segunda vertiente más importante del abolicionismo. Algunas referentes de

---

[209] Tomo prestada esta denominación de la prof. Katherine Franke, quien evita utilizar la expresión "feminismo radical" para referirse a estas autoras. Franke sostiene que este término es preferible porque pone de manifiesto el concepto clave de su teoría y, al mismo tiempo, permite reconocer que otras expresiones del feminismo son igualmente radicales en sus postulados. Vale decir, además, que la propia Catherine MacKinnon denomina a su enfoque como "teoría de la dominación" (MacKinnon, 2014:72).

este grupo son Catherine Mackinnon, Andrea Dworkin y Kathleen Barry, para quienes la sexualidad es una dimensión central de la opresión femenina[210]. En el pensamiento de estas autoras la opresión de género (masculino/femenino) es opresión sexual (hombre/mujer). En todas las sociedades patriarcales, los hombres definen y controlan la sexualidad de las mujeres: "dado que la sexualidad emerge en las relaciones bajo la dominación masculina, las mujeres no son las principales autoras de sus significados" (MacKinnon, 2014:88). En este contexto, el sexo es comunicación en condiciones de desigualdad (Mackinnon, 2007). El consentimiento de las mujeres, para todo acto sexual, no puede ser pleno y libre porque está condicionado por esa distribución inequitativa de poder. Por esto mismo, la línea que separa la violación de muchos actos sexuales que no son considerados violaciones, es muy fina (Mackinnon, 2014:129). La prostitución, la pornografía, la trata sexual, la violación y el acoso sexual simbolizan aquello que define a las mujeres como mujeres: la objetualización sexuada de sus cuerpos y la ausencia de un consentimiento libre para elegir cuándo, cómo y con quién tener sexo. Mackinnon define a la prostitución como una violación en serie (Mackinnon, 2011:17) y ve a los intercambios de sexo por dinero como expresiones de esta supremacía masculina. Los hombres acuden a la prostitución en busca de un acceso ilimitado al cuerpo femenino (MacKinnon, 2011:25). Como si ello fuera poco, en la mayoría de los casos el precio de estos intercambios enriquece a terceras personas que, en general, son hombres. Por esto mismo, Mackinnon afirma que prostitución y trata sexual son fenómenos inseparables: El elemento central de la trata no es el cruce de fronteras o la violencia grave; es la participación de terceros. La trata es el transporte, traslado, la acogida o la recepción de una persona con fines de explotación sexual: es decir, simplemente proxenetismo (MacKinnon, 2011:28; MacKinnon, 2010:91).

---

[210] MacKinnon afirma "desde mi perspectiva, la sexualidad es al feminismo lo que el trabajo es al marxismo". La autora define a la sexualidad como el proceso social que divide entre sexo-mujer y sexo-hombre: "Así como la expropiación organizada del trabajo de algunos para usufructo de otros define la clase —los trabajadores—, la expropiación organizada de la sexualidad de algunas para usufructo de otros define el sex-mujer" (MacKinnon, 2014:82/83).

Se advierten entonces dos visiones enfrentadas sobre la sexualidad. Por un lado, se encuentran los grupos conservadores que parten de una concepción moralista de los usos legítimos del sexo en una sociedad y en esa clave rechazan la prostitución. Por el otro, el feminismo de la dominación se focaliza en la dimensión política de la sexualidad y entiende que esta actividad se define a partir de dominación que ejerce un sexo sobre el otro (Heim, 2006/B:450). Mientras que para los primeros la abolición de la prostitución tiene como objeto el mantenimiento de la estructura patriarcal y una asignación sexista de roles, para los segundos la abolición de la prostitución es una forma de luchar contra el patriarcado (Chuang, 2010:1666). A pesar de tener aspiraciones contradictorias, los dos grupos coinciden en que la explotación de la sexualidad es esencialmente degradante e inhumana.

El otro conjunto de críticas abolicionistas se centra en las condiciones opresivas y discriminatorias que caracterizan el ejercicio de la prostitución, las que son presentadas cómo una consecuencia lógica de su "esencia". Desde la perspectiva no-abolicionista, sin embargo, la discusión sobre si una actividad es en sí misma degradante es distinta a si las condiciones de su ejercicio efectivo lo son. En efecto, esta otra corriente se preocupa también por los rasgos opresivos de la prostitución que expondré a continuación.

En primer lugar, en el mercado sexual la mayoría de los consumidores son hombres y las proveedoras son casi exclusivamente mujeres. Esto evidencia que la actividad está cruzada por patrones de discriminación de género. Salvo que estemos dispuestos a asumir que esta característica expresa un instinto biológico de los sexos, debe entenderse como una construcción social diferenciada de la sexualidad femenina y masculina. Los abolicionistas, en general, explican el consumo de pornografía o prostitución como la manifestación del deseo masculino de dominar el cuerpo femenino: "es sexo del tipo 'haz lo que yo te digo'" (MacKinnon, 2011:25).

En segundo lugar, la evidencia colectada indica que la mayoría de las mujeres que se prostituyen pertenecen a los sectores más pobres de la población e ingresan a esta actividad cuando son menores de edad o muy jóvenes (MacKinnon, 2011:18/19). Estas características parecen estar íntimamente relacionadas con las condiciones estructurales de discriminación hacia la mujer: la imposibilidad de acceder, en condiciones equitativas e igualitarias, a la educación o al empleo es una de las principales causas de la

feminización creciente de la pobreza[211]. Los factores económicos y sociales, en el marco de una cultura sexista que busca reducir a las mujeres a la condición de objetos del deseo sexual masculino, generan las condiciones para que muchas busquen en la prostitución una salida laboral. Las autoras abolicionistas no reconocen la posibilidad del ejercicio voluntario y libre de la prostitución porque sostienen que las mujeres son empujadas a este mercado por la falta de oportunidades reales. El feminismo de la dominación ha tomado prestado del marxismo el concepto de "falsa conciencia" (el proceso mediante el cual el oprimido internaliza los valores del opresor y cree elegir libremente su propio sometimiento) para explicar los casos de aquellas mujeres que dicen ejercer la prostitución voluntariamente (Chuang, 2010:1665). En palabras de Kathleen Barry, una mujer puede elegir la prostitución "tanto como puede elegir ser objetualizada y deshumanizada en otros contextos (...) La apariencia de la elección es especialmente necesaria para la supervivencia porque sin ella las mujeres en situación de prostitución se perderían a sí mismas por completo" (Barry, 2008:395). La mayoría de las expresiones del abolicionismo no le reconocen ningún valor al consentimiento prestado por las mujeres.

El último eje fundamental de las críticas se focaliza en las condiciones insalubres y violentas en las que, en general, se ejerce la prostitución. Algunos de sus rasgos más opresivos son: el riesgo permanente de ser víctimas de delitos graves como lesiones, violaciones o privaciones de la libertad; la menor expectativa de vida a causa de las enfermedades a las que están expuestas; el constante hostigamiento policial y la ausencia de mecanismos de protección ante estas agresiones (MacKinnon, 2011:21). El abolicionismo considera que todas estas características son intrínsecas a la explotación sexual: la coerción económica, social y cultural que origina prostitución es lo que permite y explica este contexto de abusos. Estos males no pueden ser corregidos sin erradicar completamente la explotación sexual y, por eso mismo, las políticas públicas abolicionistas tienden a prohibir e impedir cualquier forma de explotación económica de la sexualidad. El no-abolicionismo, que comparte la preocupación por las condiciones opresivas en las que es ejercido el

[211] ONU, Relatoría Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, "Informe provisional", 9 de agosto de 2010, A/65/150, párrafo 22.

trabajo sexual, considera que la prohibición, en lugar de combatir los problemas, los acentúa.

2.1. El triunfo del abolicionismo a nivel global

Desde sus inicios el abolicionismo se proyectó como un movimiento de escala global y se convirtió en el modelo jurídico por excelencia para explicar la prostitución y la trata sexual (Heim, 2012:298). Su predominio se hizo más evidente en los últimos quince años.

La trata de personas fue reconocida como un problema de derecho internacional a principios del siglo XX, pero hasta 1990 el tema no ocupó un lugar central en la agenda de la comunidad internacional. Es innegable que el afianzamiento del feminismo tuvo incidencia en la creciente visibilización del fenómeno (en particular de la trata de mujeres), sin embargo varios autores señalan que el factor determinante fue la preocupación de los países desarrollados por el aumento de la migración laboral y el rol del crimen organizado transnacional en el ingreso ilegal de personas a estos países (Chuang, 2005-2006:441).

La Convención de Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional constituye el primer acuerdo exitoso entre las naciones para abordar el tráfico de personas como un problema de criminalidad internacional. El "Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños" (comúnmente conocido como "Protocolo de Palermo contra la trata") constituye un apéndice de este convenio[212]. En el año 2000, las negociaciones para la elaboración de este Protocolo se convirtieron en el campo de batalla entre los dos grandes enfoques feministas sobre la explotación económica de la sexualidad. La mayor parte de las discusiones giraron en torno a la necesidad —o no— de prohibir la prostitución, en lugar de pensar las herramientas legales para proteger a las víctimas de trata (Chuang, 2010:1673; Iglesias Skulj, 2010:95). En este contexto, los abolicionistas se opusieron a que se incluyera como elemento del delito "la ausencia del consentimiento de la víctima" ya que, al eliminar toda referencia al consentimiento, se permitía la criminalización de cualquier forma

[212] Adoptado el 15 de noviembre de 2000 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. El Convenio entró en vigencia el 25 de diciembre de 2003. Argentina ratificó este tratado el 19 de noviembre de 2002.

de ejercicio de la prostitución (Iglesias Skulj, 2013:99). El argumento abolicionista esgrimía que si una mujer ejercía la prostitución bajo la supervisión de un tercero era víctima de trata o de un delito equiparable a la trata, independientemente de la existencia de fraude o coerción. La posición contraria sostenía que el fraude, el engaño o la violencia eran elementos necesarios del delito.

La definición plasmada en el artículo 3 del Protocolo es en cierto sentido ambigua y no consagra definitivamente ninguna de las dos posturas. En efecto, la trata fue definida como "la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud...". El inciso b) de este mismo artículo dispone "El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado".

La disputa entre el abolicionismo y el no-abolicionismo se trasladó a la forma de interpretar los alcances de la definición y ambos grupos se adjudicaron el triunfo. Los primeros entendieron que como el inciso a) incluía el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, toda migración con fines de prostitución quedaba abarcada dentro de la definición de trata sexual. Por otra parte, proclamaron que la referencia a la "explotación de la prostitución ajena" reconocía que el fenómeno de la trata sexual era inseparable de la prostitución. También destacaron que el artículo mencionaba a la prostitución y a los trabajos forzados de manera separada, lo que implícitamente suponía que la prostitución no constituía una actividad laboral legítima (Chuang, 2010: 1676). Por su parte, los no-abolicionistas interpretaron que el artículo exigía alguna forma de "coerción" para la configuración del delito, de modo tal que el trabajo sexual voluntario quedaba excluido de la definición de trata. La referencia a la "ausencia de consentimiento" buscaba impedir que los traficantes esgrimieran como defensa el consentimiento de la víctima. Por último, subrayaron que los términos "explotación

de la prostitución ajena" y "otras formas de explotación sexual" fueron dejados indefinidos para que cada país pudiera darle a la prostitución el estatus legal que creyese conveniente.

Más allá de este empate inicial, el abolicionismo fue ganando terreno en las décadas siguientes y finalmente se impuso como la visión más legítima para interpretar la trata de personas. El gobierno de los Estados Unidos, un país históricamente comprometido en la lucha contra la prostitución (Chuang, 2010:1680), jugó un rol clave en este sentido. Por medio de evaluaciones periódicas y condicionamientos financieros, logró imponer su visión y agenda contra la prostitución y trata sexual en todo el mundo. De este modo, el abolicionismo fue ganando predominio en los años de formación de las leyes y políticas contra la trata, convirtiendo a este movimiento en una campaña contra cualquier forma de prostitución (Chuang, 2010:1658).

Semanas antes de que Naciones Unidas sancionara el Protocolo de Palermo, Estados Unidos promulgó la "Ley para la Protección de Víctimas de Trata y Violencia"[213] (por sus siglas en inglés: TVPA) cuyos efectos se extienden más allá de las fronteras de este país y busca homogeneizar los ordenamientos jurídicos del resto de la comunidad internacional (Chuang, 2005-2006:439). Esta ley autoriza al gobierno estadounidense a elaborar un reporte anual, conocido como el "Informe sobre Tráfico de Personas" (TIP), en el que evalúa las medidas anti-trata adoptadas por cada país. Tal como destacan fuentes oficiales del gobierno de los Estados Unidos, en estos documentos "el Departamento de Estado ubica a cada país en el nivel 1, 2 o 3, en base a los esfuerzos realizados por sus gobiernos para cumplir con los "estándares mínimos para la eliminación de la trata"[214]. En el nivel 1 se encuentran los países cuyos gobiernos cumplen íntegramente con los estándares mínimos de la TVPA. En el nivel 2, los países que no cumplen acabadamente con esos estándares pero hacen "esfuerzos significantes" para estar a derecho. En el último nivel están los países que no cumplen, ni hacen ningún esfuerzo. Uno de los criterios para evaluar los denominados

[213] Su denominación en inglés: "Victims of Trafficking and Violence Protection Act". Esta ley fue sancionada en el año 2000, disponible en: http://www.state.gov/j/tip/laws/61124.htm

[214] Departamento de Estado de EE.UU., "Trafficking in Persons Report", 2015, disponible en http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/

"esfuerzos significativos" para erradicar la trata sexual es "si el gobierno ha tomado medidas serias y sostenidas para reducir la demanda de servicios sexuales"[215].

De acuerdo a la TVPA, el presidente de los Estados Unidos puede imponer sanciones económicas o denegar la asistencia financiera de los organismos multilaterales de desarrollo (el FMI y el Banco Mundial, entre otros) a los gobiernos que no se están esforzando lo suficiente (Iglesias Skulj, 2013:82 y Chuang, 2010:1679). Distintos autores afirman que en los últimos años, los aportes del gobierno estadounidense a organizaciones internacionales y locales que luchan contra la trata han ascendido a más de $300 millones (Weitzer, 2007:460). Como es de esperar, las organizaciones que se han visto beneficiadas por estas donaciones son aquellas que tienen una agenda anti-prostitución.

El alcance extraterritorial de las medidas adoptadas por el gobierno de los Estados Unidos lo ha llevado en erigirse en lo que Janie Chuang denomina como el "sheriff global" de la lucha contra la trata de personas (Chuang, 2005-2006:439). Este país se ha autoproclamado "gobernante global" y principal productor de saber en relación con la trata, ejerciendo una profunda influencia en el modo en que los Estados, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil entienden y responden a la trata de personas (Gallagher y Chuang, 2012:342).

Con estas herramientas legales y financieras, Estados Unidos logró neutralizar la definición de trata de personas que plasmó el Protocolo de Palermo —y fue el resultado de un arduo proceso de negociaciones y un frágil acuerdo entre los Estados— hasta finalmente imponer, bajo amenaza de sanciones, su propio paradigma anti-prostitución.

2.2. El relato reduccionista sobre la trata de personas

El principal triunfo del abolicionismo consistió en haber instalado en todo el mundo un relato simplificado y uniforme sobre la trata de personas (Chuang, 2010:1694). Durante sus años de formación, el discurso abolicionista difundió una imagen estereotipada de perpetradores y víctimas de trata sexual, a la vez que invisibilizó la explotación laboral.

[215] Departamento de Estado de EE.UU., "Trafficking in Persons Report", 2015, disponible http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2011/164236.htm

La toma de conciencia sobre el fenómeno de la trata de personas se caracterizó por poner el foco sobre la explotación sexual en detrimento de la explotación laboral. Se presentó como caso emblemático el de las niñas o jóvenes secuestradas, con grilletes y cadenas, privadas de alimentos, obligadas a consumir drogas y violadas sistemáticamente (Chuang, 2010:1695). Los tratantes, por su parte, fueron caracterizados como hombres poderosos pertenecientes a organizaciones criminales complejas[216]. En un contexto sumamente hostil hacia los trabajadores migrantes, las imágenes de esclavas sexuales traficadas generaron un inmediato rechazo. Mientras se presentaba a las víctimas de trata laboral como migrantes ilegales que aceptaban condiciones precarias o inhumanas de trabajo, las víctimas de trata sexual fueron mostradas mujeres inocentes corrompidas (Chuang, 2010:1697). De esta forma, la trata sexual se presentó como un delito que nada tenía que ver con la explotación laboral.

El abolicionismo aprovechó este contexto de visibilización de la trata sexual para impulsar su campaña contra toda forma de prostitución. Para ello mostró historias similares de mujeres empobrecidas, con pasados de abusos y condiciones inhumanas de ejercicio del comercio sexual (Chuang, 2010:1696/1699)[217]. A partir de estos casos terribles se alimentó el escepticismo —que llega hasta nuestros días— sobre la posibilidad de que alguna mujer consienta el ejercicio de la prostitución (Chuang, 2010:1699).

Algunos autores utilizan la expresión "el mito de la trata" (Iglesias Skulj, 2013:68) para hacer alusión a esta imagen inicial del

[216] El hecho de que el Protocolo de Palermo se inscribiera en el marco de la Convención sobre el Crimen Organizado Transnacional tuvo incidencia en esta construcción.

[217] También Virginie Despentes se refiere a este fenómeno: "en los medios franceses, artículos documentales y reportajes de radio, la prostitución sobre la que se focaliza es siempre la más sórdida, la prostitución de calle, que explota a chicas sin papeles. Por su aspecto espectacular obvio: un poco de injusticia medieval en nuestras periferias, siempre produce lindas imágenes. (...) Van a buscar lo más sórdido, lo encuentran sin mucha dificultad, ya que justo es la prostitución que no tiene los recursos para sustraerse de las miradas de todos. (...) Cuanto más sórdido, más emancipado se ve el pueblo francés. Y luego, partiendo de las imágenes inaceptables de una prostitución practicada en condiciones asquerosas, se sacan las conclusiones sobre el sexo tarifado en su conjunto" (Despentes, 2013:34)

delito que no fue elaborada sobre la base de casos documentados[218]. Los informes más recientes sugieren que la trata de personas es un fenómeno más complejo con diferentes formas de reclutamiento, distinto tipo de relaciones entre víctimas y victimarios y distintos grados de organización criminal. Paralelamente, algunos trabajos etnográficos con víctimas de trata sexual muestran que ésta se confunde y superpone con la migración bajo condiciones financieras apremiantes (Iglesias Skulj, 2013:113), en sintonía con la trata con fines de explotación laboral. En 2014, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) sistematizó la información sobre las 40.177 víctimas de trata identificadas en el mundo entre 2010 y 2012[219]. Contrario al relato que dominó por muchos años, el reclutamiento de la mayoría de las víctimas se produjo a través del engaño sobre el tipo de actividad a realizar o sobre las condiciones de trabajo (el salario, el lugar, la extensión de la jornada, etcétera) o bien por medio del engaño afectivo, es decir, tratantes que fingieron una relación romántica con la víctima para ganar su confianza y luego la manipularon para

[218] Los años de formación de la narrativa sobre la trata sexual se caracterizaron por la falta de rigor metodológico. En los primeros años, gobiernos y organismos internacionales anunciaron que anualmente eran traficadas entre cientos de miles y millones de personas. En su "Informe sobre el Tráfico de Personas" de 2005, Estados Unidos estimó que anualmente eran traficadas entre 600.000 y 800.000 personas, de las cuales "cientos de miles de mujeres y niñas [eran] explotadas sexualmente". En ese mismo año, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sostuvo que "el número mínimo estimado de personas en situación de trabajo forzoso en un momento dado como consecuencia de la trata es de 2.450.000 millones de personas" de los cuales un 43 % eran traficadas con fines de explotación sexual, un 32 % con fines de "explotación económica" y el restante 25 % con fines "indeterminados" o mixtos (OIT, "Informe Global contra el trabajo forzoso", 2005, ps. 15/16). Estas impactantes cifras, que se transformaron en el discurso oficial sobre la trata de personas, nunca tuvieron correlato en la cantidad de víctimas identificadas anualmente. Recién a partir de 2008, los informes anuales de Estados Unidos incorporaron el dato de la cantidad de víctimas identificadas. Según los cálculos del gobierno de los Estados Unidos, en 2008 se identificaron en todo el mundo 30.961 víctimas de trata; en 2013, un total de 44.758, de las cuales 10.603 corresponden a casos de trata laboral (Departamento de Estado de EE.UU., "Trafficking in Persons Report", 2014).

[219] El informe fue elaborado sobre la base de casos de víctimas identificadas por 128 países (entre ellos, Argentina). El 53 % correspondió a casos de explotación sexual, el 40 % a supuestos de explotación laboral y el 7 % restante a otras formas de tráfico (UNODC, 2014:9).

que ejerza la prostitución (UNODC, 2014:32). El secuestro apareció como una modalidad marginal y excepcional de reclutamiento. Este informe también permitió cuestionar la imagen estereotipada que asociaba trata de personas con el "crimen complejo organizado". La UNODC creó una tipología de estructuras para el tráfico de personas: a) "operaciones locales pequeñas"; b) "operaciones subregionales de mediana escala"; y c) "operaciones a gran escala de tráfico entre regiones". Las primeras fueron caracterizadas como estructuras poco sofisticadas que trafican un número relativamente pequeño de víctimas dentro del mismo país o entre países vecinos (UNODC, 2014:50), perciben ganancias más reducidas y no incurren en grandes gastos[220]. La UNODC estima que estas estructuras son responsables del 34 % a 37 % de los casos de trata. Esta parte del informe hace referencia a una investigación reciente en Amsterdam que concluyó que muchos casos de explotación sexual se dan en el marco de parejas disfuncionales más que de organizaciones criminales complejas. Las segundas fueron descriptas como estructuras de pocos integrantes y con un mayor grado de organización debido a la necesidad de cruzar las fronteras (dentro de la misma región o subregión) de manera ilegal (UNODC, 2014:44). Suelen traficar a más de una víctima. Las operaciones a gran escala hacen referencia a organizaciones con más recursos económicos que trafican personas a países con controles migratorios más estrictos. Estas estructuras reclutan una mayor cantidad de víctimas, tienen mayores gastos y ganancias.

Las políticas anti-trata fueron elaboradas al calor de una comprensión inicial y distorsionada del fenómeno que promovió el abolicionismo. En sintonía con la imagen de esclavitud sexual forzada, el derecho penal adquirió un rol central. Gradualmente, los distintos países fueron avanzando hacia la prohibición de cualquier actividad relacionada con el comercio sexual. Por un lado, crearon tipos penales cada vez más abarcativos que equiparan trata sexual, prostitución forzada y el trabajo sexual voluntario. Por otro lado, varios Estados prohibieron las actividades que rodean el ejercicio

[220] Es interesante que, si bien la mayoría de los tratantes son hombres, una característica distintiva del delito de trata es la alta tasa de participación criminal femenina. Mientras para la mayoría de los delitos, la tasa de mujeres condenadas es del 10-15 %, en el delito de trata se registró un 28 % de mujeres condenadas y un 32 % de mujeres procesadas (UNODC, 2014:10).

de la prostitución, como la publicación de avisos en los diarios, el ofrecimiento de sexo en espacios públicos y el gerenciamiento o administración de prostíbulos.

Como consecuencia del protagonismo que adquirió el derecho penal bajo el paradigma abolicionista, los "operativos de rescate" (allanamientos realizados por las fuerzas de seguridad en prostíbulos y domicilios particulares) se constituyeron como la principal herramienta para identificar y liberar víctimas. Ditmore y Thukral en un trabajo que evalúa la efectividad de estos operativos en los Estados Unidos sostienen que, en la práctica, los allanamientos son motorizados con la intención de combatir indistintamente la trata sexual y toda forma de prostitución sea voluntaria o no. Las autoras observan que es muy difícil medir el éxito real de estos operativos ya que las autoridades suelen referirse a todas las mujeres identificadas como víctimas de trata, cuando un número considerable de ellas no tienen la misma percepción sobre sí mismas (Ditmorey Thukral, 2012:136/137). En los países en los que la prostitución no se encuentra completamente prohibida, las campañas de rescate afectan gravemente a las trabajadoras sexuales voluntarias, quienes se ven expuestas a detenciones y múltiples formas de violencia policial (Chuang, 2010:1715). De este modo, si bien el abolicionismo enuncia que no debe perseguirse penalmente a las mujeres que ejercen la prostitución, en los hechos se promueve un marco normativo que las expone al control permanente de las agencias punitivas del Estado.

3. El caso argentino como ejemplo del triunfo abolicionista

A lo largo del siglo XX, Argentina configuró un régimen legal confuso en torno a la prostitución, caracterizado por delegar amplias facultades en la policía para controlar la actividad. Las leyes y ordenanzas que se sancionaron en estos años oscilaron entre los modelos abolicionista y "reglamentarista" (aquel que regula el ejercicio de la actividad por medio de controles sanitarios, territoriales y administrativos) (Iglesias Skulj, 2013:103; Daich y Varela, s/f:179). Este régimen mixto no estableció con claridad si la prostitución era una actividad prohibida o si podía ser ejercida libremente en ciertas condiciones. Muchas de estas leyes estuvieron inspiradas en el

pensamiento higienista y una visión moralista de la sexualidad. Desde muy temprano, el imaginario social comenzó a identificar el sexo comercial con la degradación del cuerpo social, con lo incorrecto y reprochable, es decir, con el delito: (Daich y Varela, s/f:20). El control policial estuvo signado por esta falta de delimitaciones claras, la ausencia de intervención judicial y la fuerte estigmatización social de la prostitución. A la larga, esto condujo a que la policía detentara un enorme poder para definir en qué casos el comercio sexual era punible y esto propició el desarrollo de prácticas abusivas (como arrestos arbitrarios de las mujeres, inspecciones permanentes en prostíbulos y amenazas de clausurar esos espacios)[221].

La primera consagración del modelo abolicionista tuvo lugar en 1937 con la sanción de la "Ley de profilaxis de enfermedades venéreas" (ley 12.331). Esta norma —aún vigente— prohibió los locales para el ejercicio de la prostitución en todo el territorio (art. 15) y estableció multas para quienes "sostuvieran" o "regenteasen" la prostitución (art. 17). En 1944, el decreto 10.638 incorporó una excepción al artículo 15 que autorizaba el funcionamiento de prostíbulos habilitados por la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social y el ejercicio de la prostitución en domicilios particulares y por cuenta propia, siempre que no afectara "el pudor público". Este decreto fue derogado posteriormente en 1957 (Iglesias Skulj, 2013:268/9). La ley 12.331 permitió las inspecciones policiales sin ningún tipo de control judicial, que terminó confiriendo un gran poder selectivo a las fuerzas de seguridad (INECIP, 2013:143).

Paralelamente, el Código Penal de 1921 criminalizaba la explotación de la sexualidad de mujeres adultas en el capítulo referido a los "delitos contra la honestidad"[222]. El artículo 125 prohibía "promover" o "facilitar" la prostitución de un menor de edad aun con el consentimiento de la víctima y el artículo 126 penaba las mismas acciones en relación con las mayores de 18 años pero solo cuando la voluntad estuviera viciada por engaño, violencia, amenaza o abuso de poder. El artículo 127 criminalizaba el acto de "explotar

[221] En un informe de INECIP y UFASE se afirma que la persistencia de estas prácticas llevó a que la prostitución se transformara en una de las principales fuentes de recaudación ilegal de la policía (INECIP, 2013:97).

[222] En 1999, la ley 25.087 modificó el título de este capítulo por el de "delitos contra la integridad sexual".

económicamente" la prostitución ajena por medio de la intimidación o coacción. Por último, los artículos 127 bis y ter disponían penas de prisión para lo que, por ese entonces, se conocía como "trata de blancas". La primera de estas normas solo penaba la trata sexual "internacional" de menores. Si la víctima era mayor de edad, el artículo 127 ter exigía además algún vicio del consentimiento (engaño, violencia, amenaza, etcétera). Todos estos delitos eran competencia de la justicia provincial.

Los vaivenes legislativos y el poder selectivo de la policía alimentaron la confusión sobre la orientación de la política criminal hacia la prostitución en Argentina. La existencia de numerosos prostíbulos a lo largo del país y el consumo extendido de servicios sexuales dieron lugar a la idea de que la prostitución prohibida solo comprendía los casos más aberrantes de falta de consentimiento: la explotación sexual de menores de edad y la prostitución forzada, donde forzada significaba la aplicación de violencia física de personas mayores de 18 años (INECIP, 2013:119). La simple explotación de la prostitución ajena, con el consentimiento de la mujer, no era vista como un delito pese a que el Código Penal así lo establecía.

Hasta la sanción del Protocolo de Palermo en el año 2000, el delito de trata sexual era mayormente desconocido en Argentina o, al menos, no tenía la visibilidad que ganaría posteriormente. La atención creciente que recibió el tema por parte de las agencias del Estado es posible que haya sido influida por las evaluaciones periódicas del gobierno de los Estados Unidos. A partir del 2005, los informes TIP ubicaron sistemáticamente a Argentina dentro del grupo de países que no cumplían con los estándares mínimos para la eliminación de la trata de personas, aunque consideraban que el gobierno realizaba esfuerzos significativos —pero insuficientes— en este sentido (nivel 2)[223]. En general, estos informes incluyeron sugerencias y recomendaciones sobre el tipo de medidas que el país debía adoptar, muchas de las cuales fueron efectivamente seguidas.

Otro hecho decisivo para instalar el tema en la agenda pública fue el secuestro y desaparición de Marita Verón en manos de una red de trata en abril de 2002. Sin la colaboración del Estado, su madre, Susana Trimarco, logró desentramar una compleja red de trata de mujeres en el noroeste argentino, que contaba con la complicidad

[223] Departamento de Estado de EE.UU, "Trafficking in Persons Report", disponible en http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2008/105387.htm

de jueces, policías y políticos provinciales. Este hecho fue ganando el interés de los medios de comunicación y la sociedad hasta convertirse en un símbolo de la lucha contra la trata sexual y la impunidad en Argentina. El caso coincidió temporalmente con el triunfo del relato abolicionista sobre la trata sexual en los foros internacionales, en donde el secuestro de mujeres jóvenes inocentes era presentado como la expresión más común del delito.

En 2008, el Estado adoptó dos importantes medidas para combatir la trata de personas. Por un lado, modificó la legislación penal para adaptarla a los lineamientos del Protocolo de Palermo. Por el otro, creó la Unidad Fiscal para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE). Este organismo, que en 2013 ascendió su rango a Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), se convirtió en un actor clave para el diagnóstico y comprensión de la trata sexual en Argentina. Ambas medidas fueron celebradas por el gobierno de los Estados Unidos en su informe TIP de 2008 aunque el país permaneció ubicado en el nivel 2. En este documento, Estados Unidos instó al gobierno a recolectar y sistematizar la información sobre los casos de trata identificados.

La sanción de la ley 26.364 no significó el alineamiento del país con una postura abolicionista. Por el contrario, la nueva redacción del tipo penal de trata copió en forma casi textual la definición del artículo 3 del Protocolo[224], aunque diferenció entre víctimas mayores y menores de edad y explicitó que el delito no requería el cruce de fronteras. En el caso de los adultos, el delito exigía la realización de alguno de los verbos típicos (captación, traslado o acogida), con la finalidad de explotación (como un elemento subjetivo distinto del dolo propio de cada acción) y el empleo de alguno de los medios comisivos (engaño, amenazas, violencia, fraude o abuso de una situación de vulnerabilidad, entre otros). En relación con los menores, la ley presumía la ausencia de consentimiento en todos los casos (y aumentaba las penas cuando el tratante se había valido de alguno de los medios comisivos). El delito de trata sexual comprendía

[224] El art. 145 bis reprimió con penas de 3 a 6 años a quien "captare, transportare o trasladare dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de 18 años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación, coerción, abuso de autoridad o una situación de vulnerabilidad (...) con fines de explotación" (texto según ley 26.364).

a las "conductas previas a la etapa de explotación", sin ser necesario que esta última se concretase para que se perfeccionara el delito[225]. Esta reforma reubicó el delito de trata de personas bajo el título de "delitos contra la libertad" (para comprender también las formas de explotación laboral). Sin embargo, en el caso de la trata sexual, el vínculo con las figuras que penaban la explotación de la prostitución ajena fue explicitado al definir la "explotación sexual" con los mismos verbos típicos (art. 4, inciso "c" de la ley 26.364) (INECIP, 2013:113/115).

Un análisis de la jurisprudencia de los primeros tres años luego de la implementación de esta ley da cuenta de dos aspectos problemáticos: por un lado, la confusión de los operadores judiciales en cuanto a los alcances y delimitación entre los tipos penales de trata y explotación sexual; por el otro, las dificultades para determinar si las mujeres habían consentido o no a ejercer la prostitución. Hasta marzo de 2011, se registraron un total de diecinueve fallos condenatorios. Si bien el número de sentencias por año registra un marcado aumento[226], la lectura de estas resoluciones muestra que la mayoría de los tribunales confundían ambas figuras penales. Algunos tribunales condenaron por el delito de trata sin que en la resolución se advirtiese la materialización de los verbos típicos (captación, traslado o transporte) sino solo la explotación sexual. Otros utilizaron la explotación como elemento que acreditaba la trata sexual o entendieron que al no consumarse la explotación, el delito de trata había quedado en grado de tentativa (INECIP, 2013:116). En solo tres de estas sentencias condenatorias se planteó un concurso de delitos con las figuras de los artículos 125, 126 o 127 del Código Penal (INECIP, 2013:118). En relación a las víctimas, un estudio del período enseña que a los operadores judiciales les resultaba más fácil reconocer a niñas y mujeres extranjeras como víctimas de trata y que miraban con desconfianza a las argentinas mayores de edad (INECIP, 2013:133), de quienes sospechaban de

[225] El informe sostiene que al concretarse la explotación en los casos de trata sexual, debería analizarse la posibilidad un concurso de delitos con las figuras de los arts. 125, 126 y 127 del CP.

[226] En 2009 se registran tres sentencias condenatorias, en 2010 quince y finalmente en 2011 alcanza un pico de 20 fallos condenatorios (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, 2015:47).

haber consentido el ejercicio de la prostitución si no presentaban signos visibles de sometimiento.

El primer intento por establecer las dimensiones y características reales de la trata sexual en Argentina fue realizado en 2012 por la UFASE e INECIP. El documento elaborado sistematizó la información de casos judicializados entre 2008 y 2011[227]. Allí establecieron que el 51 % de los casos de trata sexual tuvieron por víctimas a ciudadanas argentinas y el 36 % a jóvenes de Paraguay. La mayoría de las víctimas (57 %) fueron reclutadas en Argentina, lo que —en ese entonces— mostraba la preponderancia de la trata sexual interna en el país. Las víctimas presentaban algunos rasgos comunes: provenían de entornos sociales muy empobrecidos y la mayoría de ellas eran madres de niños pequeños. Estas condiciones las empujaban a aceptar ofertas precarias o ambiguas de trabajo que implicaban viajar lejos de sus familias o de su lugar de origen. En la mayoría de los casos, el engaño versó sobre el tipo de actividad a realizar (68 %) aunque un alto porcentaje de víctimas aceptó trabajos en la industria sexual, pero en condiciones distintas a las que finalmente le impusieron (32 %). Este último dato es relevante en la medida en que el discurso dominante sobre la trata sexual invisibilizó por completo esta posibilidad. En la misma línea, en contradicción con la idea que en esos años se afianzaba en el imaginario social, el secuestro o los avisos con ofertas laborales en los medios de comunicación o internet no eran modalidades típicas de reclutamiento. Prevalecía la captación en persona en pueblos con una población no mayor a los 70.000 habitantes. El informe también estableció que las características más comunes de la explotación sexual eran la restricción de la movilidad, la retención de la documentación personal y la imposición de deudas que las víctimas no podían pagar. Si bien la mayoría de las víctimas no fueron agredidas físicamente durante su cautiverio —al menos no de manera permanente—, las amenazas y la violencia psicológica aparecieron como mecanismos recurrentes para restringir su libertad. Por último, la investigación mostró que las redes de tratantes identificadas en Argentina conformaban organizaciones precarias, no profesionalizadas, sin estructuras jerárquicas ni diferenciación de roles y con un limitado alcance territorial. Incluso señalaron que en

[227] El trabajo fue elaborado en base a los primeros 74 autos de procesamientos dictados desde la sanción de la ley 26.364 hasta abril de 2011 (INECIP/UFASE, 2012: 6).

muchos casos funcionaban como "negocios familiares". En sentido coincidente a la tendencia internacional, el informe señaló que un número considerable de tratantes eran mujeres (43 %) (INECIP/ UFASE, 2012:6/44).

Sin contar previamente con este diagnóstico y presionado por el triunfo mundial del discurso abolicionista, entre 2008 y 2011 el Estado argentino —a través de sus diferentes agencias— fue asumiendo un rol cada vez más activo para combatir la trata sexual[228]. La progresiva orientación de nuestro esquema legal al abolicionismo se observa en dos movimientos: por un lado, la campaña publicitaria en sintonía con la imagen estereotipada del delito propia del abolicionismo (INECIP, 2013:71/78); por el otro, en la sanción de numerosas normas penales y administrativas de distinta jerarquía (leyes nacionales y provinciales, resoluciones ministeriales, ordenanzas municipales, etcétera) que, en pos de combatir la trata sexual, tendieron a equiparar cualquier forma de sexo comercial con el delito de trata de personas (Daich y Varela, s/f:7). Entre 2007 y 2008, el Poder Ejecutivo lanzó una fuerte campaña en los medios masivos de comunicación que mostraba mujeres encadenadas o con grilletes bajo las consignas "vos podés ser la próxima víctima de trata" o "cualquiera puede ser una víctima". En el imaginario social la trata de personas comenzó a identificarse con el secuestro de mujeres para la prostitución (Daich y Varela, s/f:76). Esta construcción aún no ha podido ser desarticulada[229].

---

[228] En el informe elaborado por INECIP se advierte que las políticas anti-trata no fueron diseñadas "sobre la base de diagnósticos que permitieran adecuar la intervención a las formas que asume la problemática de la explotación sexual y la trata de personas" en el país. (INECIP, 2013:18). En efecto, como veremos en breve, el primer trabajo de sistematización de casos registrados y diagnóstico del delito de trata recién fue realizado en 2013 por la UFASE.

[229] Recientemente, el Ministerio de Justicia realizó la "Primera Encuesta Nacional sobre Trata de Personas". Para la encuesta se realizaron 4400 entrevistas a personas de 18 años o más, residentes en las ciudades con más de 100.000 habitantes más importantes del país. Las conclusiones de este estudio fueron sistematizadas en el informe "Relevamiento de la percepción social sobre la trata de personas". Allí establecieron que "el 34,60 % de los entrevistados la relacionan con la prostitución o la explotación sexual, el 27 % la asocian con secuestro y tráfico de personas, un 10,90 % de las personas encuestadas respondió que relaciona esta problemática con el maltrato de personas, un 5,30 % lo hace con la explotación de personas en talleres textiles o de otros rubros o a drogas y adicciones, un 3,70 % asocia este tema con la corrupción

A partir de 2009, con el objetivo declarado de erradicar la trata sexual, varios municipios y provincias prohibieron el funcionamiento de prostíbulos, whiskerías y cabarets en sus jurisdicciones[230]. Estas normas se superpusieron con la ley de profilaxis que, aunque en desuso, todavía estaba vigente. En términos de política criminal, algunos autores sugieren que este tipo de medidas son negativas ya que no eliminan la prostitución sino que, como veremos, la empujan hacia la clandestinidad.

En la mayoría de los casos, estas disposiciones fueron acompañadas de órdenes internas que obligaron a las fuerzas de seguridad a realizar inspecciones regulares, lo que presenta otro tipo de problemas asociados con las prácticas históricas abusivas de las fuerzas de seguridad hacia las mujeres que ejercen la prostitución. La Policía Federal Argentina, por ejemplo, desarrolló una política de control de los cabarets localizados en la jurisdicción de sus delegaciones (INECIP, 2013:97). En la ciudad de Buenos Aires, desde el 2011 se han reforzado las inspecciones administrativas en lugares habilitados como whiskerías o bares como así también en departamentos privados (Daich y Varela, s/f.:12). En esta misma línea, la PROTEX dictó dos resoluciones[231] —en 2009 y 2010— que ratificaron la vigencia de la ley de profilaxis e instruyeron a los fiscales para que dispusieran allanamientos en los espacios físicos donde se ejercía la prostitución a los fines de investigar casos de trata sexual y delitos conexos (arts. 125 bis, 126 y 127 del Código Penal). Un sector de trabajadoras sexuales ha denunciado que en la ejecución de estos "operativos de rescate", las fuerzas de seguridad incurren en prácticas vejatorias e ilegales, tales como el robo de

---

policial, política o judicial, mientras que un 2,50 % con la falta de educación, trabajo o pobreza y un 0,90 % con la explotación de personas en actividades agrícolas". En este informe se explica la mayor visibilidad de la trata sexual por sobre la trata laboral con la incidencia de la lucha de Susana Trimarco (D' Angelo y Fernández, 2013:129/130).

[230] Los municipios que contienen estas ordenanzas son: Santa Rosa, General Acha (La Pampa); Azul, 25 de Mayo, General San Martín y Mar del Plata (Buenos Aires); Morteros (Córdoba); Paraná, Gualeguaychú y Larroque (Entre Ríos); Santo Tomé (Santa Fe), Río Gallegos, Piedra Buena (Santa Cruz); la ciudad de Corrientes. (Al respecto, ver: INECIP, 2013:66). Las provincias que han sancionado estas leyes son: Córdoba, Tucumán, Río Negro, San Luis, Entre Ríos, San Juan y Tierra del Fuego (Daich y Varela, s/f.:6).

[231] Resolución PGN 99/09 y Resolución PGN 39/10.

pertenencias, la exigencia del pago de coimas o cánones y la restricción de la libertad de las mujeres supuestamente "rescatadas" (Daich y Varela, s/f.:9/11).

Aunque se han realizado cientos de operativos policiales enmarcados en la ley 12.331, es difícil medir el éxito real de estos procedimientos. Las autoridades suelen referirse a todas las mujeres rescatadas como víctimas de trata, incluso cuando ellas no se ven a sí mismas de esa manera. En efecto, el Ministerio de Justicia anuncia que desde la sanción de la ley 26.364 hasta el 31 de marzo de 2013 se rescataron 4602 mujeres explotadas en cualquiera de las formas del comercio sexual (Gatti, 2013:5). Es interesante contraponer este número al de sentencias condenatorias efectivamente dictadas por trata sexual, las que solo comprenden a 212 víctimas rescatadas en este período (PROTEX, 2010:48). La enorme distancia entre un número y otro lleva la preguntar por los factores que inciden en esta situación: a) es posible que evidencie las deficiencias de la respuesta judicial a estos delitos; b) que muestre la preponderancia de la explotación de la prostitución ajena por sobre la modalidad de la trata; o c) que desde el Estado estén contabilizando como "víctimas" a un porcentaje de mujeres que estén ejerciendo voluntariamente alguna forma del comercio sexual. Otro aspecto conflictivo que debe ser analizado con mayor profundidad es la resistencia de las víctimas a las Oficinas de Rescate y a la actuación del Estado en el marco de estos operativos[232].

Una de las políticas anti-trata más cuestionables es el decreto del Poder Ejecutivo que, en 2011, prohibió el rubro 69 en los medios de comunicación masivos, esto es, la sección donde se publicaban

[232] El informe de INECIP cita las reflexiones de una funcionaria jerárquica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: "La mayoría de las víctimas mayores de edad no quieren saber nada con el Estado en términos generales, con lo cual no se quieren ir con vos. (...) la víctima no quiere tener contacto con la Oficina de Rescate, ya sea porque no se considera víctima, porque se considera víctima y tiene miedo, entonces no quiere irse con vos. Si los jueces clausuraban el prostíbulo, a veces las víctimas no tenían a dónde ir, con lo cual sí se iban con la Oficina de Rescate. No es la mejor opción, porque prácticamente la estás obligando a que acepte la asistencia porque si no la estás dejando en la calle; pero cuando no clausuraban el local y las víctimas vivían ahí, era muy extraño que quisieran irse con la Oficina de Rescate" (INECIP, 2013:34).

avisos que promocionaban la oferta sexual[233]. La medida fue anunciada como una política para "prevenir" la trata sexual y la discriminación hacia la mujer. En cuanto al primer objetivo, la PROTEX observa que la medida no es efectiva ya que en la mayoría de los casos de trata sexual la captación se produce de manera personal y no por los medios de comunicación o vías alternativas como internet, chat o teléfono (INECIP/UFASE, 2012:70). En relación con el segundo objetivo, Daich y Varela critican que los avisos suprimidos no solo son aquellos que promueven imágenes estereotipadas y ofensivas para las mujeres, sino cualquier referencia al mercado sexual. En los hechos, los avisos se siguen publicando pero bajo otros rubros o en otros medios con mayores costos para quienes ofertan (Daich y Varela, s/f:8).

A partir de 2010, las recomendaciones del gobierno de los Estados Unidos comenzaron a hacer hincapié en la necesidad de que las investigaciones penales no fueran desestimadas sobre la base del consentimiento de la víctima. En 2011, el informe TIP expresamente sugirió una modificación en la legislación interna con el objeto de eliminar el requisito de la falta de consentimiento de la víctima para la configuración del delito. Sobre este punto insistió al año siguiente. Estos reclamos coincidieron temporalmente con los de un sector de activistas feministas y organizaciones anti-trata que presentaron diversos proyectos en el Congreso Nacional para que se modificase la redacción del tipo penal en ese mismo sentido. En diciembre de 2012, como consecuencia de la indignación social que provocó el fallo absolutorio de los 13 imputados por el secuestro de Marita Verón, la ley 26.842 dispuso expresamente que el "consentimiento dado por la víctima de trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal" (art. 1). De este modo, Argentina se alejó de la definición del Protocolo de Palermo al eliminar la referencia a los medios comisivos, los que ahora forman parte del tipo agravado (art. 145 ter). El anteúltimo párrafo de este artículo establece también que cuando se consuma la explotación de la víctima, la pena se incrementa de 8 a 12 años.

---

[233] Decreto 936/11, art. 1: "Prohíbense los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual, por cualquier medio, con la finalidad de prevenir el delito de Trata de Personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación de las mujeres".

La ley también modificó la redacción de las figuras que criminalizan la promoción, facilitación o explotación de la prostitución de una mujer adulta, donde también el consentimiento de la víctima es ahora irrelevante. Las penas son sensiblemente mayores cuando la persona explotada es menor de edad o cuando se verifican alguno de los medios comisivos previstos en el artículo 145 ter (engaño, fraude, violencia o abuso de situación de vulnerabilidad).

Estas modificaciones implicaron la consagración del abolicionismo en Argentina. Si bien estos tipos penales, en teoría, no alcanzan el ejercicio de la prostitución autónoma, en la práctica, habilitan mecanismos de control e inspecciones permanentes que terminan penalizando cualquier forma de ejercicio del comercio sexual (Daich y Varela, s/f:3). Los agentes de las fuerzas de seguridad e inspectores municipales no están adecuadamente capacitados para captar la sutil diferencia entre prostitución forzada, trata sexual y prostitución voluntaria y, aun así, detentan el poder de establecer en qué casos hay un delito y en qué casos no (INECIP, 2013:99). La falta de lineamientos claros habilita a que en la toma de decisiones incidan los prejuicios sociales y de género que, desde siempre, han gravitado alrededor del ejercicio de la prostitución. La centralidad del discurso abolicionista, por otra parte, reforzó la idea de que la prostitución —en cualquiera de sus formas— debe ser erradicada, entonces se genera confusión sobre el temperamento a seguir con quienes dicen ejercer autónomamente esta actividad.

En su último informe, la PROTEX analiza las primeras 100 condenas por el delito de trata desde la sanción de la ley 26.364 hasta la actualidad. Este trabajo permite tener un panorama bastante certero sobre la respuesta judicial ante estos casos. Entre 2009 y 2014, fueron condenadas 220 personas por este delito. Se registran dos picos de sentencias condenatorias: uno a tres años de la sanción de la ley 26.364 y otro en los años siguientes a la modificación introducida por la ley 26.842 (PROTEX, 2015:12-20). En este mismo período, la PROTEX ha contabilizado 394 procesamientos (de los cuales 122 tuvieron sentencia definitiva). El 85 % de las condenas son por casos de trata sexual y el 15 % restante por explotación laboral. La mayor parte de los autores son varones argentinos aunque cerca del 35 % son extranjeros (PROTEX,

2015:28). A diferencia de lo expresado en el informe de 2012[234], las víctimas de trata sexual son en su mayoría extranjeras (103 de Paraguay, 21 de República Dominicana, 3 de Bolivia y 3 de Brasil), aunque hay un número considerable de víctimas nacionales (82). Las modalidades de sometimiento más extendidas, tanto en la trata laboral como en la sexual, son la restricción de la libertad (45 %), el endeudamiento económico (43 %) y la retención de la documentación (34 %) (PROTEX, 2015:37).

A casi diez años de la visibilización y puesta en práctica de políticas anti-trata, Argentina alcanzó cierto grado de desarrollo teórico que permitió que se conformaran distintas perspectivas sobre el tema. Por un lado, es posible identificar una postura mayoritaria, de cuño abolicionista, que sostiene que la explotación sexual (o proxenetismo) es el núcleo del fenómeno delictivo que debemos combatir y que la trata de personas solo es una condición que hace más gravosa la explotación. Para este modelo, las reglas bajo las cuales funciona el sistema prostibulario hoy en día vuelven prácticamente imposible diferenciar entre víctimas y no víctimas de explotación sexual (INECIP, 2013:15). Este modelo se ha materializado en políticas que promueven la intervención y control del Estado en todos los espacios donde se ejerce el comercio sexual. La formulación más articulada de esta tesis corresponde a PROTEX e INECIP. El punto de partida de la perspectiva contraria —que en el país es minoritaria— es que existe un grupo de mujeres que eligen la prostitución como un trabajo. Sostienen que las políticas abolicionistas, en los hechos, afectan principalmente a las mujeres que buscan proteger. El cercenamiento de los espacios para el ejercicio de la prostitución, empuja a esta actividad hacia la clandestinidad, incrementa el estigma de un colectivo históricamente discriminado y aumentan los riesgos y la consecuente necesidad de acudir a estructuras que ofrezcan "protección", es decir, al proxenetismo

[234] En el informe de 2012, PROTEX e INECIP señalaron la preponderancia de la trata sexual interna por sobre la trata internacional. Este trabajo fue realizado sobre la base de "autos de procesamiento", mientras que el más reciente fue construido a partir del análisis de sentencias condenatorias. Esto posiblemente haya incidido en las diferencias que arrojan uno y otro informe. Otra posible explicación podría ser que, en estos años, los operadores judiciales hayan avanzado en una mejor comprensión del tipo penal de trata sexual y su distinción con las figuras que penalizan la explotación de la prostitución ajena. Esto último debe ser estudiado con mayor profundidad.

(Daich y Varela, s/f:6). En Argentina, el referente más visible de este paradigma es la Asociación de Meretrices Argentinas (AMMAR), que nuclea a un grupo de trabajadoras sexuales. También suscriben con esta tesis algunas autoras desde el campo jurídico académico[235].

4. Los aportes del modelo no-abolicionista para repensar la explotación sexual y la forma de combatirla

El no-abolicionismo engloba a todas las corrientes que se oponen a la criminalización directa o indirecta del ejercicio de la prostitución, aunque es posible diferenciar entre ramas "pro-prostitución" de otras que no se sienten tan cómodas con esta etiqueta. Quienes suscriben a este modelo consideran que algunas mujeres eligen el trabajo sexual como una forma de sustento económico y entienden que es un mercado criminalizado, que no brinda protección ni reconoce derechos a estas mujeres, fomenta —en lugar de combatir— la trata de mujeres, la explotación forzada y los graves abusos que caracterizan estas actividades. Aunque la posición abolicionista continúe siendo hegemónica, los aportes de las distintas expresiones del no-abolicionismo han contribuido a complejizar la mirada sobre la prostitución, sus consecuencias y la forma en la que el Estado debería abordar el fenómeno.

Se trata de un movimiento considerablemente más joven que el abolicionismo, que ha ido creciendo en las últimas dos décadas. Las primeras expresiones en contra del abolicionismo surgieron en los años 70 de la mano de organizaciones de trabajadoras sexuales. En la década del 80 estas reivindicaciones fueron incorporadas a las discusiones académicas. Es interesante reflexionar que, hasta ese entonces, la mayor parte de la elaboración teórica sobre la prostitución había prescindido de la palabra de quienes se dedicaban a esta actividad. Una de las primeras consignas de este colectivo fue el reemplazo de la denominación "prostitución" por "trabajo sexual",

[235] Entre quienes podemos mencionar a Daniela Heim, María Agustina Iglesias Iglesias Skulj y Dolores Juliano, entre otras. Recientemente, Amnistía Internacional anunció, luego de arduos debates internos, que la organización apoyará la plena despenalización de todos los aspectos del comercio sexual consentido.

con la intención de resaltar que los intercambios consensuados de sexo por dinero pueden ser una forma legítima de explotar el propio cuerpo (Heim, 2006:452/453).

En lo teórico, el no-abolicionismo critica la idea de que la industria sexual es esencialmente degradante para las mujeres y entienden que la prostitución puede ser una opción laboral legítima a la que recurran —en ciertas circunstancias— algunas mujeres. Por un lado, argumentan que intercambiar sexo por dinero no afecta la dignidad de una mujer si en el proceso ella tuvo la posibilidad de negociar y decidir las condiciones (Despentes, 2013:54). Las vertientes "pro-prostitución" alegan que, en condiciones adecuadas, puede ser un trabajo emancipador para las mujeres (Chuang, 2010:1670) mientras que otras ramas entienden que esta afirmación solo describe una porción minoritaria de casos.

Reconocer la prostitución como una actividad laboral no implica desconocer los patrones de discriminación de género y clase que la atraviesan. El no-abolicionismo advierte que estos factores son determinantes en dos rasgos que caracterizan el comercio sexual hoy en día: (a) los hombres son predominantemente consumidores y las mujeres ofertantes; y (b) la inmensa mayoría de estas mujeres pertenece a los sectores más pobres.

En cuanto a los patrones sexistas que caracterizan la actividad, algunas versiones del no-abolicionismo hacen hincapié en que la solución no es prohibir la prostitución sino bregar por una industria sexual no estereotipada, igualitaria y liberadora para mujeres y hombres. En este grupo podemos encontrar una rama del feminismo, de más reciente data, que se denomina "feminismo de la liberación sexual" o "pro-sexo" (Iglesias Skulj, 2013:35). Este grupo critica especialmente a las académicas de la dominación por despojar al sexo de su dimensión lúdica y erótica (rasgos que hacen de esta actividad algo deseable y placentero para muchas mujeres) y describirlo exclusivamente en términos de opresión y negatividad (Heim, 2006:450). El sexismo supone una construcción estereotipada de la sexualidad que también es opresiva para un número considerable de varones. Algunas autoras han puesto de manifiesto esto último y han argumentado que no todo el comercio sexual se caracteriza por la violencia y misoginia con que lo describe el abolicionismo. Despentes, por ejemplo, relata:

"los clientes eran bastante afables conmigo, atentos, tiernos. Mucho más que en la vida real, de hecho (...) lo que me costaba

no era toparme con su agresividad, ni con su desprecio, ni con nada de lo que les gustaba, sino más bien con sus soledades, sus tristezas, sus pieles blancas, su desdichada timidez, lo que me mostraban de falibles, sin disimulos, lo que me mostraban de sus debilidades" (Despentes, 2013:60).

Sobre las variables de clase que inciden en el ejercicio de la prostitución, el no-abolicionismo considera que esta constatación no es suficiente para negar cualquier posibilidad de consentimiento. Este modelo intenta complejizar la mirada sobre las razones que llevan a algunas mujeres a ingresar en la prostitución, evitando el relato reduccionista que las muestra como víctimas que deben ser rescatadas. En una sociedad de clases, como la nuestra, las mujeres que pertenecen a los sectores más bajos cuentan con un margen de libertad reducido para elegir y decidir la actividad que las sustente económicamente (a ellas y su familia) (Heim, 2012:315). Desde esta perspectiva se puede reconocer a las mujeres que ejercen el comercio sexual como agentes activos de sus proyectos económicos, en donde el trabajo sexual puede ser un objetivo en sí mismo, una estrategia de supervivencia ocasional o transitoria, o un destino obligado originado en una historia de abusos, falta de opciones y marginación (Maqueda Abreu, 2011:224). Estas diferencias son relevantes y deben ser advertidas, aunque ello resulte difícil en algunos casos. El no-abolicionismo rechaza la idea de "falsa conciencia" desarrollado por el feminismo de la dominación y entiende que es necesario, como regla general, reconocer que algunas mujeres pueden elegir el ejercicio de la prostitución. Y también porque sostener que no hay ninguna diferencia entre el sexo comercial y la violación, tiene una función performativa en tanto sugiere —o al menos no contradice— la idea de que las trabajadoras sexuales están disponibles para ser violadas (Chuang, 2010:1701).

Con estas críticas, el no-abolicionismo logró poner en discusión la pregunta por la diferencia entre la explotación económica de la sexualidad y otras formas de explotación del cuerpo aceptadas social y legalmente. Despentes al respecto ironiza:

"... siendo lo que es el mundo económico hoy en día, o sea una guerra fría y despiadada, prohibir la práctica de la prostitución dentro de un marco legal adecuado, es prohibirle específicamente a la clase femenina el enriquecerse, el sacar provecho de su propia estigmatización" (Despentes, 2013:74).

Estos argumentos ponen en evidencia que algunas versiones del abolicionismo descansan en una visión sexista y conservadora de la sexualidad, en la medida en que creen que hay otras actividades preferibles o más dignas para una mujer como, por ejemplo, el trabajo doméstico, una actividad que también se caracteriza por la participación exclusiva de mujeres, condiciones laborales precarizadas y bajo estatus.

El no-abolicionismo considera que las estrategias abolicionistas son en parte responsables por las condiciones degradantes y opresivas en que se ejerce la prostitución porque promueven un marco regulatorio de la actividad que crea espacios para el ejercicio de la violencia contra las mujeres. En un contexto de fuerte estigmatización de la prostitución, aumenta la vulnerabilidad de las trabajadoras y los hombres se empoderan.

La ley penal describe como "ilegítimos" los espacios donde se ejerce la prostitución y así se expulsa a las mujeres hacia espacios no visibles y considerablemente más peligrosos, donde la violencia privada no tiene ningún control o consecuencia legal (Sánchez, 1997:19). La criminalización y el consiguiente aumento de los controles policiales conducen a una mayor estigmatización de las trabajadoras sexuales:

"el permanente despliegue de mecanismos de inspección produce sujetos que —aun no habiendo cometido ningún delito— se perciben a sí mismos habitando un espacio de ilegalidad y clandestinidad, incrementándose así el estigma, la autodiscriminación y restringiéndose la posibilidad de ejercer derechos" (Daich y Varela, s/f:129).

Es sugestivo que, en todas partes del mundo, las mujeres tienen más chances de ser arrestadas (y pasar más tiempo detenidas) por ofrecer sexo que los hombres por solicitarlo. Al mismo tiempo, la policía es renuente a tomar las denuncias por violación u otros abusos físicos que sufren las trabajadoras. Desde algunos sectores se afirma que la exposición a un mercado sexual criminalizado de estas características, sin ningún mecanismo legal que proteja el ejercicio autónomo de la prostitución, promueve la necesidad de proxenetas que "cuiden" a las mujeres de la persecución policial y la violencia de los clientes. Es decir, las políticas abolicionistas, en este punto, pueden tener efectos contrarios a los objetivos que se proponen.

Las mayores diferencias entre los grupos no-abolicionistas versan sobre el tipo de medidas que promueven para mejorar las condiciones de quienes ejercen la prostitución. Están quienes impulsan el modelo "reglamentarista", que implica —como su nombre lo indica— la regulación del mercado sexual a través del reconocimiento legal de la prostitución como una opción laboral más entre otras. Este modelo es criticado ya que históricamente implicó la imposición de inspecciones sanitarias o administrativas, que terminan habilitando formas de control estatal de la actividad muy similares a las que lleva a cabo el modelo abolicionista. El modelo de la "no criminalización" es impulsado por algunos grupos de trabajadoras sexuales y supone la abstención del Estado en todo cuanto refiere a la prostitución. En los últimos años, algunos sectores han comenzado a elaborar un tercer modelo alternativo, al que denominan "legalización", el cual impulsa la ampliación de derechos civiles y humanos de las personas que se dedican a esta actividad (Daich y Varela, s/f:3).

A partir de una redefinición del problema, las estrategias no-abolicionistas se proponen sacar a la prostitución de la marginalización social y la falta de reconocimiento de derechos. En efecto, la forma en que definimos o explicamos un fenómeno incide en la forma en que los sujetos luego lo experimentan. Describir esta actividad como un trabajo puede colaborar con la formación de otro tipo de identidades, no basadas en la pasividad, la explotación sexual y la victimización (Chuang, 2010:1701).

5. Conclusión

A lo largo de estas páginas, he intentado mostrar algunos problemas teóricos y prácticos del modelo abolicionista. Una de sus premisas teóricas es que la explotación sexual es siempre degradante y deshumanizante para las mujeres. Una rama del abolicionismo, compuesta por actores de gran poder económico y político, promueve una agenda conservadora y sexista que reprocha moralmente cualquier expresión de la sexualidad por fuera del matrimonio. Detrás de los esfuerzos por erradicar la prostitución —y no otros trabajos igualmente opresivos para las mujeres— se esconde la creencia de que el sexo es algo "íntimo" que debe mantenerse al margen de los intercambios económicos (Iglesias Skulj, 2013:35).

Desde otro lugar, el feminismo de la dominación critica esta forma de explotación del cuerpo por el rol específico de la sexualidad como herramienta de opresión de género. Los hombres "sexualizan" el cuerpo femenino y así degradan a las mujeres a la condición de objeto de su deseo. La prostitución es la materialización de esta idea y colabora activamente a su perpetuación. Esta rama del feminismo ha cumplido un rol fundamental en la historia del movimiento de mujeres al problematizar el lugar de la sexualidad femenina en las sociedades patriarcales y poner en palabras lo que muchas mujeres experimentan diariamente en sus vidas. A pesar de ello, las medidas que sugieren no parecen ser las más acertadas para erradicar estos problemas. Su discurso acerca de la prostitución suprime las voces de muchas mujeres que, en todo el mundo, dicen elegir el comercio sexual como un proyecto económico propio. La universalización de vivencias es algo contra lo que el feminismo ha luchado largamente y el feminismo de la dominación parece olvidar. Desde hace muchos años, un sector de mujeres sostiene que el comercio sexual es una actividad que contiene muchas realidades distintas y múltiples significados para sus actores.

Mientras que para el abolicionismo los efectos perjudiciales de la prostitución son rasgos inherentes de la actividad, para el no-abolicionismo son consecuencia de esta construcción social negativa y la criminalización de su ejercicio. Las estrategias abolicionistas aumentan el poder represivo de las agencias del Estado, las que suelen ejercerlo de manera sexista y vulnerando especialmente a las mujeres en esa situación. El no-abolicionismo sostiene que los principales problemas son el resultado de un mercado criminalizado y no del mercado en sí mismo. Como consecuencia, plantea que las estrategias de intervención deben tender al reconocimiento de derechos de este colectivo, evitando cualquier clase de persecución o estigmatización.

Hasta el momento, el debate sobre las condiciones inhumanas en que se ejerce la prostitución (jornadas extensivas, ambientes insalubres y salarios miserables) se ha confundido con la discusión sobre el consentimiento (esto es, si una persona está siendo "forzada" a realizar una actividad). Se razona que ninguna persona elegiría —si fuera realmente libre— realizar una actividad en condiciones opresivas. Sin embargo, esta afirmación confunde la discusión sobre si una actividad es forzada con la referida a qué condiciones laborales son inaceptables en las sociedades actuales. La distinción permite evitar el discurso incapacitante del abolicionismo

y reconocer la potestad del Estado de fijar límites por debajo de los cuales no acepta el ejercicio de ninguna actividad comercial. Esto independientemente de que se reprima la explotación forzada (no elegida o involuntaria) de cualquier actividad económica.

Una asignatura pendiente —en todas partes del mundo— es la realización de trabajos etnográficos en las distintas ramas de la industria sexual. Un rasgo que caracterizó los años formativos del discurso sobre la trata de personas y el diseño de políticas públicas fue la carencia de un diagnóstico del fenómeno elaborado sobre la base de casos documentados. Varios autores llamaron la atención sobre este punto, alertando sobre los intereses morales y políticos que se escondían detrás de la construcción simplificada del problema. Es necesario despojar este mercado de los preconceptos morales e ideológicos que por muchos años han teñido el discurso dominante y los análisis académicos. Pero, por sobre todas las cosas, es necesario saber cuál es la percepción que tienen las trabajadoras de su propio estatus y sus necesidades. Difícilmente podamos confrontar las premisas sobre las que descansan los modelos abolicionistas y no-abolicionistas si no conocemos cómo piensan y qué necesitan aquellos sujetos a los que pretendemos ayudar.

Bibliografía

Barry, Kathleen, (2008), "La prostitución de la sexualidad", en: Adler L., Crooms L., comps: *Mary Joe Frug's Women and the Law*, 4° ed., Nueva York, Foundation Press.

Chuang, Janie, (2006), "The United States as Global Sheriff: Using Unilateral Sanctions to Combat Human Trafficking", *Michigan Journal of International Law*, vol. 27:437.

— (2010), "Rescuing trafficking from Ideological Capture", *University of Pennsylvania Law Revue*, vol. 158.

Daich, Débora y Varela, Cecilia, (sin fecha), C.: *Políticas anti-trata y vulneración de los derechos de las trabajadoras sexuales*, disponible en: www.ammar.org.ar/IMG/pdf/informe-ammar.pdf

D' Angelo, Luis y Fernández, Daniel R., (2013), "Relevamiento de la percepción social sobre la trata de personas: breve análisis preliminar sobre los resultados de la primera Encuesta Nacional", en: Zaida Gatti... (*et al.*): *Trata de personas: políticas del Estado para su prevención y sanción*, Buenos Aires, Infojus.

Despentes, Virginie, (2013), *Teoría King Kong*, Hekht Libros, Buenos Aires.

Ditmore, Melissa y Thukral, Juhu, (2012), "Rendición de cuentas y el uso de redadas policiales para combatir la trata", *Anti-TraffickingReview*, disponible en: http://www2.law.columbia.edu/faculty_franke/Gender_Justice/Accountabililty%20and%20the%20Use%20of%20Raids%20to%20Fight%20Trafficking.pdf

Gallagher, Anne y Chuang, Janie, (2012), "The Use of Indicators to Measure Government Responses to Human Trafficking", *Global Power through Classification and Rankings*, Oxford University Press.

Heim, Daniela, (2006), "La prostitución a debate: el abolicionismo desde la perspectiva de la defensa de los derechos de las trabajadoras sexuales", *Nueva Doctrina Penal*, 2006/B.

— (2012), "Más allá del disenso: los derechos humanos de las mujeres en los contextos de prostitución", en *Derechos y Libertades*, nº 26, Época II, enero 2012.

Iglesias Skulj, Agustina, (2013), *La trata de mujeres con fines de explotación sexual*, Buenos Aires, ediciones Didot.

MacKinnon, Catherine, (2014), *Feminismo Inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI editores.

— (2007), "Violación, poder y heterosexualidad", en Adler, L., Crooms, L., *et al.*: *Mary Joe Frug's Women and The Law*, 4ª ed., University Casebook Series, Foundation Press.

— (2010), "La pornografía como trata de personas", en Di Corleto, Julieta (comp), *Justicia, género y violencia*, Buenos Aires, editorial Librería-Red Alas.

— (2011), "Trata, prostitución y desigualdad", en *Discriminación y Género*, Ministerio Público de la Defensa.

Maqueda Abreu, María Luisa, (2011), "La trata sexual de mujeres: entre mitos y realidades", *Discriminación y Género*, Ministerio Público de la Defensa.

Sánchez, Lisa, (1997), "Boundaries of Legitimacy: sex, violence, citizenship, and community in a local sexual economy", en *Law and Social Inquiry*.

Weitzer, Ronald, (2007), "The Social Construction of sex-trafficking", *Politics & Society*, vol. 35, p. 447.

Zaida Gatti [*et al.*], (2013), *Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción*, Buenos Aires, Infojus.

INECIP, (2013) *¿Qué hicimos con la trata? Un recorrido por las principales políticas públicas de trata sexual en Argentina*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.

— (2012), *La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito*, disponible en http://www.abrepuertas.inecip.org/admin/noticias/pdf/La%20trata%20...pdf

PROTEX (2015), *Informe sobre las primeras 100 sentencias condenatorias sobre trata de personas*, disponible en http://www.fiscales.gob.ar/trata/wp-content/uploads/sites/2/2015/05/Protex-100-Sentencias-Info-Final1.pdf

Departamento de Estado de los EE.UU. (2014), *Informe sobre el Tráfico de Personas*, disponible en http://www.state.gov/documents/organization/226844.pdf

Informe sobre el Tráfico de Personas, (2005), disponible en: http://www.state.gov/j/tip/rls/tiprpt/2005/46606.htm

ONU, Relatoría Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, *Informe provisional*, A/65/150, 9 de agosto de 2010.

OIT, (2015), *Informe Global contra el trabajo forzoso*, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--declaration/documents/publication/wcms_082334.pdf

Procuraduría de Trata y Explotación de Personas, (2015), *Informe sobre las primeras 100 sentencias condenatorias por Trata de Personas*, disponible en http://www.fiscales.gob.ar/trata/wp-content/uploads/sites/2/2015/05/Protex-100-Sentencias-Info-Final1.pdf

UNODC, (2014), *Informe Global sobre el Tráfico de Personas,* disponible en inglés en https://www.unodc.org/documents/lpo razil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTIP_2014_full_report.pdf

CAPÍTULO 7

El derecho al aborto

Natalia Gherardi[236]

1. Introducción

En las últimas décadas se ha fortalecido un consenso por parte de la comunidad de América Latina y el Caribe que reconoce la violencia contra las mujeres como un problema de derechos humanos que requiere una urgente intervención de los Estados. Este consenso encuentra reflejo en numerosos instrumentos internacionales[237] y se ve particularmente fortalecido a nivel regional con la amplia ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como "Convención de Belém do Pará") que, en su artículo 1, define la violencia contra las mujeres como una forma de violencia de género, que puede causar "muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado".

Como consecuencia de la ratificación de la Convención de Belém do Pará, los Estados asumen la obligación de garantizar la

---

[236] Abogada (UBA). LL.M. (London School of Economics and Political Science). Profesora Adjunta (UBA, UNLA, UNLP). Directora Ejecutiva de ELA –Equipo Latinoamericano de Justicia y Género–.

[237] Se trata de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, declaraciones y plataformas de acción en las Conferencias Internacionales y Regionales, tratados y opiniones de sus respectivos órganos de supervisión, que son aplicados en la jurisprudencia de los sistemas universal y regional, y otras fuentes del derecho internacional (Gherardi, 2012).

"diligencia debida" para prevenir, investigar y castigar la violencia contra las mujeres, y reparar a las víctimas, independientemente de dónde se produzca y de la identidad de su autor, lo que incluye la violencia que tiene lugar dentro del ámbito familiar, la violencia que se produce en la comunidad o que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Una forma de manifestación de la violencia ejercida contra la mujer se desarrolla en la lucha por el control de la vida y cuerpos de las mujeres. Sin embargo, es mucho más frágil el compromiso de los Estados de la región en torno a sus obligaciones para garantizar la plena vigencia y ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos como una de las formas de garantizar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

El Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) enfatizó el vínculo entre estos derechos en una declaración reciente, buscando fortalecer los compromisos de los Estados para actuar con debida diligencia también en relación con estos derechos[238]. El MESECVI recordó a los Estados parte de la Convención que los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos humanos que protegen y defienden el Sistema Universal e Interamericano de derechos humanos; y que encuentran su fundamento en otros derechos esenciales incluyendo el derecho a la salud, el derecho a estar libre de discriminación, el derecho a la vida privada, el derecho a la integridad personal y a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Las mujeres y varones (como parejas y como individuos) tienen derecho a contar con la información y los medios para decidir libre y responsablemente el número, el espaciamiento y momento de tener hijos e hijas, así como el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia.

En esa línea, garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres es indispensable para garantizar su derecho al a vida. Desde esa comprensión, el MESECVI señaló que es un deber de los Estados eliminar el aborto inseguro que se cobra la vida de las mujeres, "estableciendo leyes y políticas públicas que permitan la interrupción del embarazo", al menos en los casos en que la vida

[238] Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos (OEA/Ser.L/II.7.10 MESECVI/CEVI/DEC.4/14).

o la salud de la mujer se encuentra en peligro, cuando exista inviabilidad del feto de sobrevivir y en los casos de violencia sexual.

A pesar de la claridad de los mandatos internacionales, en Argentina la situación de los derechos sexuales y reproductivos se presenta como una agenda pendiente. Su observancia no solo representa la valoración del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo en la forma de reivindicación que se asocia con el movimiento de mujeres y el feminismo[239] sino que, además, corresponde articular esa demanda con una sólida argumentación constitucional que involucre el derecho a la libertad y la dignidad de las mujeres, en el marco de las promesas de igualdad sustantiva que recogen la Constitución Nacional y los compromisos internacionales incorporados a su texto desde la reforma de 1994[240].

Si bien el artículo se concentra en la situación del aborto en la Argentina, los argumentos de derecho internacional que se presentan pueden servir de sustento para apoyar el derecho de las mujeres a la interrupción legal del embarazo en el contexto de otros países de la región, comprendiendo la dimensión de los derechos sexuales y reproductivos como parte indiscutible del catálogo de derechos humanos.

2. La regulación del aborto en Argentina: dificultades en el modelo de causales

La regulación del aborto en las experiencias comparadas se caracteriza por su gran diversidad, tanto en términos de la amplitud o restricción para el acceso a esa práctica, como en términos de las opciones regulatorias que se siguen, donde la regulación por parte del derecho penal es solo una entre otras posibles.

Los ordenamientos más permisivos reconocen el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo por la sola decisión de la

---

[239] En el marco de las campañas de El Cairo + 20 y La Campaña por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito las organizaciones elaboraron varios informes sobre la temática.

[240] Varios artículos publicados en los últimos años representan una contribución en ese sentido (Faerman, 2009; Bergallo, 2011).

mujer, a su solicitud y dentro de ciertos plazos[241]. Los ordenamientos más restrictivos, por su parte, establecen ciertas condiciones bajo las cuales sería posible llevar adelante la práctica del aborto. En términos generales, las legislaciones más liberales autorizan el aborto por razones socioeconómicas, o frente a riesgos para la vida, o para la salud física o mental de la mujer, mientras las regulaciones más restrictivas permiten la interrupción legal del embarazo solo en los casos de violación o incesto.

Por otra parte, mientras que los marcos normativos más liberales justifican la regulación del aborto en el marco de los derechos de las mujeres y reglamentan a través de procedimientos administrativos las condiciones para su ejercicio, las regulaciones más restrictivas (como las que priman en la región de América Latina y el Caribe) recurren al derecho penal para limitar la práctica. Al tipificar el delito de aborto, las causas que lo autorizan se regulan como excepciones al tipo penal o como causales de justificación.

Argentina adhiere al "modelo de indicaciones o causales", en virtud del cual el aborto está penalizado excepto en determinados supuestos. Desde 1921, el artículo 86 del Código Penal de la Nación establece excepciones a la punibilidad del aborto: en caso de peligro para la vida de la mujer, de peligro para la salud de la mujer, en caso de violación y de atentado al pudor de mujer "idiota o demente".

Sin embargo, a lo largo de los años, el aborto legal ha sido sistemáticamente inaccesible para las mujeres, adolescentes y niñas en Argentina. El acceso a los abortos legales se vio restringido por prácticas arbitrarias de los sistemas de salud y de justicia, que fueron instalando una situación de incertidumbre respecto de la improcedencia de un deber de proveer servicios de aborto legal, o de la presunta ambigüedad del texto legal[242].

---

[241] Las regulaciones difieren en este punto, según se establece un límite gestacional en 12, 14, 18 o 24 semanas de gestación, para la realización de la práctica. Pasado el plazo contemplado en las regulaciones de los diversos países, las mujeres podrían acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en caso de encontrarse en alguna de las circunstancias previstas en las normas (vinculadas con el peligro para su vida o su salud, por ejemplo).

[242] Así, por ejemplo, se argumenta que la norma no determina qué tan grave debe ser el peligro para la vida o salud de la mujer o cuál es la definición de salud que debe emplearse aunque pacíficamente los tribunales de justicia toman la definición de "salud integral" de la Organización Mundial de la Salud para cualquier otro caso en el que se debate sobre este derecho en los tribunales de justicia. Hasta la resolución del caso

Este contexto llevó a que proveedores de la salud se rehusaran a practicar abortos legales o solicitaran autorizaciones judiciales no requeridas por la ley, alegando su temor a la sanción penal. A ello se sumó la heterogeneidad en las interpretaciones judiciales de la norma cuando estas autorizaciones eran requeridas (Bergallo, 2010; Durán, 2014; Gebruers y Gherardi, 2015); el desconocimiento del derecho vigente, la falta de información jurídica y el abuso de la objeción de conciencia con tolerancia estatal por parte de los efectores de la salud; y en general, la violencia institucional ejercida contra las mujeres en estas situaciones.

3. El derecho al aborto en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia

En Argentina rige un sistema regulatorio del aborto de despenalización de indicaciones o causales, sin establecer plazos. El artículo 86 del Código Penal argentino establece:

"El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto".

A partir de este artículo se han generado discusiones respecto de la interpretación apropiada de las causales de no punibilidad que fueron en gran medida resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "FAL s/medida autosatisfactiva", en particular respecto del permiso a la interrupción del embarazo en el caso

FAL por parte de la Corte Suprema, también subsistían dudas acerca de si el permiso para el aborto legal previsto en el inciso 2 del artículo 86 abarcaba o no los casos de violación a una mujer mentalmente sana.

de violación. Pero además, la Corte Suprema tomó la oportunidad para establecer una serie de reglas básicas tendientes a garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad del aborto no punible.

Al tener en cuenta que a la fecha en que el caso llegó a estudio de la Corte Suprema la interrupción del embarazo ya había tenido lugar, el objetivo de la sentencia no fue resolver la situación planteada sino establecer un marco de reglas aplicables a casos futuros con el objetivo explícito de contribuir a modificar la realidad imperante para permitir que todas las mujeres, sin discriminación, vean garantizado su derecho al aborto en los casos contemplados por la ley.

3.1. Los hechos del caso

El 3 de diciembre de 2009, la Sra. AF denunció ante el Ministerio Fiscal de la provincia del Chubut que su hija menor de edad, AG, había sido víctima de violación por parte de su esposo. Pocos días más tarde, ante la comprobación de que AG se encontraba embarazada como consecuencia de la violación, el 14 de enero de 2010 mientras cursaba la octava semana de gestación, AF inició el largo derrotero médico y judicial para acceder a la interrupción del embarazo autorizado por la ley. Así, en el marco del proceso penal en el cual se investigaba la violación, solicitó una autorización para la interrupción del embarazo. Sin embargo, el magistrado sostuvo que no tenía facultades para resolver su petición, remitiendo el caso a la justicia civil.

El 22 de enero de 2010, la madre de AG se presentó en el Juzgado de Familia y reiteró la solicitud de interrupción del embarazo. La jueza a cargo dispuso varias medidas, entre ellas, encomendar al "equipo técnico interdisciplinario" y al Comité de Bioética del Hospital Regional sendos exámenes médicos sobre la menor de edad. A través de dichos exámenes se constató que AG "presentaba síntomas depresivos", "ideas suicidas persistentes" y que la continuidad del embarazo implicaba un "grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida".

El 16 de febrero de 2010, transcurridos dos meses desde el inicio del trámite judicial, la Jueza interviniente en el procedimiento civil rechazó la solicitud para la interrupción del embarazo de la niña. La decisión fue apelada, pero el 25 de febrero la Cámara de Apelaciones confirmó la denegatoria en razón de que estaban en tensión los derechos de una persona menor de edad con los de otra, y que frente a toda situación de duda, debía aplicarse el principio in dubio pro vida.

Tanto la Sra. FAL, como la niña AG, apelaron ante el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut que, el 8 de marzo de 2010, resolvió revocar la sentencia declarando que el caso encuadraba en el supuesto de "aborto no punible" previsto por el inciso segundo, primera parte, del artículo 86 del Código Penal. Si bien reconoció que no era necesario solicitar ni obtener autorización judicial para llevar adelante esta práctica, de todos modos la concedió de modo expreso con el objeto de poner fin a la controversia planteada en el caso y garantizar, finalmente, el acceso a la interrupción legal del embarazo que había sido producto de una violación.

Pocos días después, el proceso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a raíz del recurso extraordinario federal interpuesto por el Tutor Ad Litem, y el Asesor de Familia e Incapaces a favor de la persona por nacer. No obstante, la interrupción del embarazo ya había sido realizada el 11 de marzo de 2010 en el Hospital Zonal de Trelew.

3.2. El reconocimiento del derecho al aborto

La interpretación del artículo 86 del Código Penal de la Nación había dado lugar a ciertas controversias interpretativas a lo largo de los años. Las obras clásicas de derecho penal dan cuenta de las restricciones formuladas tanto respecto del concepto de "peligro para la salud", como respecto de si el permiso para realizar un aborto se limitaba a las mujeres que tuvieran alguna discapacidad mental ("mujer idiota o demente", según el texto del Código Penal) o si era extensivo a cualquier violación cometida contra cualquier mujer, en términos amplios.

A la luz de esta clásica formulación, y puesta a interpretar el artículo 86 inc. 2°, CPN, el fallo de la Corte Suprema reprodujo los términos de una discusión antiquísima, que se remonta al año 1916, fecha del proyecto del Código Penal suizo del cual se tomó la redacción del artículo examinado. Entre las dos interpretaciones posibles (una restrictiva, que despenaliza el aborto solo en supuestos de violaciones a mujeres idiotas o dementes; y la segunda amplia, que despenaliza el aborto en cualquier supuesto de ataque sexual), la Corte sentó su postura de manera clara y tajante: frente a un embarazo producto de una violación, el aborto de la mujer está permitido.

La Corte destacó con precisión que ciertas reglas básicas de hermenéutica constitucional obligan a optar por la interpretación legal que mayor amplitud otorga a la permisión. En primer lugar, los

principios de igualdad y no discriminación exigen escoger, entre las interpretaciones posibles, aquella que no establezca distinciones entre las víctimas de violencia sexual. En este sentido, para la Corte, una interpretación que contemple la autorización para abortar solo a la mujer con una discapacidad mental es arbitraria ya que dicha distinción no tiene sustento en ninguna finalidad legítima, sino, por el contrario, un fin eugenésico basado en un prejuicio discriminatorio para las mujeres con discapacidades.

En segundo término, la Corte estableció que la interpretación escogida era la más adecuada a la luz del principio de inviolabilidad de las personas. Para la Corte, exigir a una víctima de un delito sexual llevar a término su embarazo es una medida desproporcionada y contraria al postulado que impide exigir a las personas que adopten actos heroicos.

En tercer lugar, también de acuerdo con el principio de estricta legalidad no puede ser penada la interrupción del embarazo proveniente de una violación porque una interpretación diferente ampliaría sustancialmente el alcance del castigo penal. Esta lectura es consistente con decisiones previas de la Corte Suprema, en donde se estableció que la interpretación legal debe atenerse a la letra de la ley, con un criterio armonizador de sus preceptos, cuidando que el sentido que se le asigne no lleve a la pérdida de un derecho, y fundamentalmente, respetando el principio de legalidad, el cual exige privilegiar la interpretación que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal[243].

En síntesis, con fuertes argumentos constitucionales, la decisión de la Corte Suprema marcó un punto de inflexión y despejó cualquier incertidumbre proveniente de la redacción del artículo 86 inciso 2 del Código Penal, desechando las posiciones contrarias al aborto que habían crecido con fuerza a partir de 1994, con la reforma de la Constitución Nacional (Filippini, 2010:399). Además, la sentencia del caso FAL fue muy clara en la necesidad de avanzar con medidas de otro tipo para superar las barreras existentes para el acceso a las prácticas de abortos legal (Cavallo y Amette, 2013:26). No solo confirmó que el artículo 86 del Código Penal incluye la despenalización del aborto cuando ha ocurrido una violación de una mujer, sino que además dictaminó que las mujeres "tienen un derecho al aborto" en los casos previstos por el artículo

[243] CSJN, "Acosta, Alejandro Esteban", 23 de abril de 2008.

86 del Código Penal, es decir, en caso de peligro para la vida, peligro para la salud o en caso de violación.

En su decisión, la Corte interpretó que no hay obstáculos constitucionales ni convencionales para la despenalización (total o parcial, como está dada en la regulación actual) e indicó que la realización de esta práctica no requiere autorización judicial ni denuncia policial, en los casos de violación, bastando la declaración jurada de la mujer frente al médico.

3.3. Lineamientos para las políticas públicas de salud desde un enfoque de derechos

Desde un enfoque de derechos, tal como lo sostiene el Comité de Seguimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es preciso considerar las interrelaciones entre los elementos constitutivos del derecho a la salud (la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad) para analizar las condiciones necesarias para garantizar su existencia.

La "disponibilidad" se refiere a la existencia de un número suficiente de establecimientos de salud, dotados de recursos humanos (médicos, profesionales, técnicos y personal de salud capacitados) y programas adecuados para atender a la población. En segundo lugar, la "accesibilidad" de establecimientos, bienes y servicios de salud cercanos a toda la población (y particularmente a las personas en mayores condiciones de vulnerabilidad), debe considerar no solo la accesibilidad física (por su alcance geográfico) sino también su accesibilidad económica (asequibilidad) y el acceso a la información (que comprende el derecho de las personas a recibir y solicitar toda la información necesaria sobre su situación y el tratamiento que recibirá) con observancia del derecho a la confidencialidad de los datos personales. En tercer lugar, la "aceptabilidad" en relación con la ética médica y los criterios culturalmente aceptados, sensibles a los requisitos del género, identidad y del ciclo de vida. Finalmente, la "calidad" de los establecimientos, servicios, equipamiento e insumos de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico, y ser de buena calidad; con la debida capacitación del personal involucrado en su prestación.

Analizado desde este enfoque, el caso de la niña AG desnuda las situaciones de discriminación imperantes en cuanto a la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de salud para acceder al derecho al aborto. Cuando se trata de derechos

sexuales y reproductivos, se registra un importante nivel de desconocimiento de las normas vigentes por parte de profesionales de la salud, mientras que el derecho a la información adecuada, precisa y veraz de las mujeres parece simplemente ausente.

La sentencia de la Corte Suprema no desconoció la realidad en la cual se sostienen las barreras sociales, institucionales y prácticas que operan en detrimento del derecho de las mujeres a interrumpir los embarazos en los casos previstos por la ley. Con la expresa vocación de transformarla, la sentencia sienta las bases para modificar las prácticas del sistema de salud y de la administración judicial que constituyen barreras contra el ejercicio de los derechos de las mujeres.

Así es como la Corte estableció una regla que deberá guiar en adelante la actuación de funcionarios y funcionarias del ámbito sanitario y judicial: todos los casos de abortos previstos en el inciso 1° o 2° del artículo 86 del Código Penal, no pueden estar supeditados al cumplimiento de ningún requisito adicional. En este punto la Corte responsabilizó tanto a los profesionales de la salud como a los funcionarios y magistrados del Poder Judicial de la Nación y de las provincias por haber fomentado o perpetuado una práctica ilegal consistente en exigir la judicialización de autorizaciones para proceder al aborto, tal como la denuncia del delito de violación, o la intervención de más de un médico en la evaluación de las circunstancias que habilitan el aborto. Con claridad la sentencia determinó que el ejercicio de un derecho, como es el derecho al aborto, no puede estar condicionado a la iniciación de trámites burocráticos que lo ponen en riesgo.

La Corte Suprema advirtió que los profesionales del ámbito sanitario que se encuentren ante una situaciones análogas a las consideradas en la sentencia, ya no podrán alegar falta de claridad del texto legal y, por ende, deberán responder penal, civil y administrativamente por las consecuencias que generen el retraso o la negativa para la realización del aborto. Dependiendo de las características de los hechos que se presenten, los médicos podrán ser denunciados por incumplimiento de los deberes de funcionario público, y eventualmente, por el daño ocasionado en el cuerpo, o en la salud de la mujer, entendiendo por ello también sus funciones psíquicas (D´Alessio y Divito, 2011:77).

Por su parte, respecto de los operadores judiciales, la Corte fue contundente al establecer que los casos para acceder a los abortos previstos en el artículo 86 del Código Penal no pueden ser

judicializados, cuestionando por esta vía los trámites iniciados en defensa "del niño por nacer" y los fomentados por determinados grupos de la sociedad civil que activan la intervención judicial para suspender el aborto (Ramon Michel, 2011; Greubers y Gherardi, 2015). Adicionalmente, con la expresa intención de poner un límite a la revictimización de las mujeres que, luego de ser sometidas a abusos sexuales eran obligadas a activar mecanismos ilegítimos para hacer cumplir sus derechos, la Corte estableció que no podrá exigírseles exponer públicamente su vida privada a través de la denuncia de la violación, sino que bastará con una simple declaración jurada. La objeción de la Corte Suprema al inicio de la denuncia es consistente con el hecho de que, según el artículo 72 del Código Penal el delito de violación es de instancia privada, con lo cual no sería legítimo que una potestad de la víctima se convirtiera en una exigencia para permitirle el ejercicio de su derecho al aborto (Bergallo, 2012:173).

Con estos lineamientos, la sentencia de la Corte Suprema establece límites precisos a los obstáculos identificados al aborto no punible, tanto respecto del sistema de salud, como del Poder Judicial. Más aún, establece que en caso de sus respectivos operadores incumplieran con las obligaciones a su cargo, podrán ser responsabilizados, junto con el Estado, por medio de acciones civiles, administrativas y eventualmente penales.

4. El derecho al aborto en el derecho internacional de los derechos humanos

A partir de la ratificación de los tratados de derechos humanos por parte del Estado argentino así como su incorporación al bloque de constitucionalidad con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, el marco interpretativo debe darse a partir de los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y otras disposiciones constitucionales.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es clara al identificar al Estado como responsable de garantizar el acceso a los abortos legales a través de los servicios de salud, reconociendo los compromisos internacionales asumidos por el país al suscribir diversos instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención de Belém do Pará; y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Diversos precedentes establecen con claridad que el derecho internacional no solo no prescribe la penalización del aborto, sino que considera que el aborto puede resultar una práctica garantizadora de otros derechos protegidos en el orden internacional[244]. La inaccesibilidad al aborto no punible hizo que distintos organismos internacionales de derechos humanos llamaran la atención sobre las acciones o la negación de los derechos en la Argentina. En sus recomendaciones finales al Estado argentino, el Comité de Derechos Humanos[245], el Comité de la CEDAW[246], y

---

[244] En relación con esta objeción en particular, resulta pertinente la cita del caso de la Comisión Interamericana en "Baby Boy vs. Estados Unidos", 6 de marzo de 1981. Del mismo órgano internacional también se puede citar el "Informe nº 21/07. Petición 161/02, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto vs. México", 9 de marzo de 2007, en el cual se cuestionó el impedimento de que se realizara el aborto para interrumpir un embarazo causado por una violación, y las medidas cautelares concedidas en el caso "X y XX vs. Colombia, medidas cautelares", del 17 de agosto de 2011.

[245] Ya en el año 2000, en sus observaciones finales a Argentina, el Comité de Derechos Humanos expresó: "En cuanto a los derechos relacionados con la salud reproductiva, preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado". CDH, Observaciones Finales: Argentina, 70º período de sesiones, UN Doc. CCPR/CO/70/ARG, 3 de noviembre de 2000, párr. 14. En el año 2010, el Comité reiteró su preocupación por la interpretación restrictiva del artículo 86 del Código Penal. Cf. CDH, Observaciones Finales: Argentina, 98º período de sesiones, UN Doc. CCPR/C/ARG/CO/4, 2010.

[246] En sus Observaciones Finales del año 2010, el Comité instó al Estado "a que revise la legislación vigente que penaliza el aborto, que tiene graves consecuencias para la salud y la vida de las mujeres. El Estado parte debe asegurase de que la "Guía Técnica para la Atención de los Abortos no Punibles", se aplique en todo el país de manera uniforme de modo que exista un acceso efectivo y en condiciones de igualdad a los servicios de salud para interrumpir el embarazo". CEDAW, Observaciones Finales: Argentina, 46º período de sesiones, CEDAW/C/ARG/CO/6, 2010.

el Comité de Derechos del Niño[247], han mostrado su preocupación por la falta de acceso al aborto permitido, así como por el elevado índice de mortalidad materna.

Entre estos llamados de atención, resulta de especial importancia el dictamen del Comité de Derechos Humanos en el caso «LMR contra Estado argentino»[248] donde se consideró una denuncia presentada en el año 2007 ante la negativa de los médicos de un hospital público a realizar un aborto no punible.

LMR, una mujer de 19 años, con una discapacidad psicosocial, fue embarazada como resultado de una violación. La mujer acudió junto a la madre a un hospital público para solicitar la interrupción del embarazo en los términos del artículo 86 inciso 2 del Código Penal. Sin embargo, una jueza de menores, en conocimiento de la denuncia por violación ordenó al hospital abstenerse de practicar el aborto. La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en un fallo dividido, autorizó la interrupción del embarazo. Sin embargo, por el tiempo transcurrido en el trámite judicial y ante el avance de la gestación, los médicos del Hospital San Martín de La Plata, provincia de Buenos Aires, se negaron a practicar el aborto con el argumento de que con una gestación de cinco meses su vida correría peligro. Asistida por una organización de la sociedad civil defensoras de los derechos de las mujeres, la familia concurrió a una clínica privada, donde practicaron el aborto.

En su dictamen, el Comité de Derechos Humanos concluyó que "la imposibilidad de obtener la interrupción del embarazo constituyó una violación al derecho a la igualdad y a la no discriminación conforme al Artículo 3 del Pacto". Asimismo, la falta de debida diligencia del Estado para garantizar un derecho a un procedimiento legal solo requerido por las mujeres habría resultado en una práctica

---

[247] En sus Observaciones Finales del año 2010, el Comité de Derechos del Niño instó al Estado a que "adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionada con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas" y "enmiende el artículo 86 del Código Penal en el ámbito nacional para prevenir las disparidades en la legislación provincial vigente y en la nueva en lo que respecta al aborto legal". CDN, Observaciones Finales: Argentina, 54° período de sesiones, CRC/C/ARG/CO/3-4, 25 de mayo a 11 de junio de 2010.

[248] CDH, "LMR c. Argentina", 28 de abril de 2011.

discriminatoria en relación con LMR. El Comité consideró que los hechos configuraron una violación del derecho a la vida de LMR, ya que el Estado no tomó las medidas necesarias ni observó la debida diligencia para que LMR obtuviera una interrupción segura de su embarazo y evitar que se sometiera a un aborto clandestino e inseguro.

La omisión del Estado, "al no garantizar a LMR el derecho a la interrupción del embarazo conforme a lo previsto en el artículo 86, inciso 2 del Código Penal cuando la familia lo solicitó, causó a LMR un sufrimiento físico y moral contrario al artículo 7 del Pacto"[249].

El Comité también tomó nota de la ilegítima injerencia del Estado a través del Poder Judicial en una cuestión que debía resolverse en la intimidad de la relación médico-paciente, lo que constituye una violación del derecho a la intimidad de la mujer. En las circunstancias, el Comité consideró que se produjo una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto, dado que recuerda al Estado no solo los límites respecto de quiénes deben intervenir en una disyuntiva de esta naturaleza (quienes ejercen la medicina y las mujeres en las situaciones previstas en el artículo 86), sino que además la incorporación de otras personas (a instancias del Estado) en el proceso de toma de la decisión es contraria al Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, la Recomendación General n° 22 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) ha reafirmado que el derecho a la salud sexual y reproductiva es interdependiente de todo el marco de derechos humanos y afecta a los derechos civiles y políticos cuando se menoscaba la integridad física y mental, la autonomía y el derecho a la vida; la libertad y seguridad personal; el derecho a no recibir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y a la no discriminación e igualdad. Así, el Comité identifica específicamente que la denegación del acceso al aborto lleva muchas veces a que ocurran muertes maternas, las cuales, en efecto, implican la vulneración del derecho a la vida y seguridad personal, e incluso pueden implicar tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes[250].

---

[249] La interpretación aplicada al caso LMR encuentra su origen en la "Observación General n° 20" del mismo Comité donde se señaló que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto hace referencia al dolor físico y al sufrimiento moral.

[250] Comité DESC, "Recomendación General 22", párrafo 10, 4 de marzo 2016.

Los Estados tienen la obligación legal de respetar y garantizar los derechos consagrados en los instrumentos de derechos humanos que han suscripto. Así, el deber de respetar exige a los Estados no entorpecer directa o indirectamente el disfrute de los derechos establecidos en la normativa internacional[251]. Es decir, que el accionar de los Estados parte debe ser de tal manera que no viole los derechos de las mujeres, absteniéndose de cualquier acción que podría resultar en discriminación y violencia hacia las mujeres. En esa medida el Estado debería abolir toda política y ley discriminatoria y todo funcionario o funcionaria debería abstenerse de realizar cualquier práctica o acción discriminatoria hacia las mujeres[252]. En ese sentido, en relación con los servicios de aborto, los Estados deben avanzar en la eliminación de cualquier provisión legal que penalice a las mujeres que se han sometido a la práctica de un aborto o a los proveedores de salud que ofrecen este tipo de servicios[253].

Por su parte, el deber de garantía supone "el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"[254].

De estas obligaciones surge el deber inminente de los Estados, sus agentes y funcionarios y funcionarias de adoptar las medidas necesarias para impedir la violación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres e imponer sanciones a quienes cometan esas violaciones[255]. Estos incluyen el derecho a decidir libremente

---

[251] CEDAW, art. 2.d.

[252] CEDAW, arts. 2.f y 2.g.

[253] Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015), Information series on sexual and reproductive health and rights: Abortion, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB.pdf

[254] Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Sentencia del 29 de septiembre de 1988, párr. 166.

[255] Comité CEDAW, Recomendación General nº 24, La Mujer y la salud, 1999, párr. 15.

el número y espaciamiento de hijos como a disponer de la información, educación y los medios necesarios para poder hacerlo[256] así como también "el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción"[257]; y asegurando que las mujeres no enfrentan obstáculos al acceso por parte de profesionales de salud que se acojan a la objeción de conciencia[258].

5. La negación del derecho al aborto como violencia institucional

En su sentencia, la Corte Suprema de Justicia estableció que la vulneración de los derechos de las mujeres mediante la frustración de las decisiones que adoptan respecto de sus propios cuerpos es configurativa de un caso de violencia institucional.

En concordancia con la definición de violencia contenida en el artículo 2 de la Convención de Belém do Pará, el artículo 6 de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que se desarrollan sus relaciones interpersonales define la violencia institucional como aquella realizada por funcionarios, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley.

Esta última especificación abre las puertas a considerar que la obstaculización del acceso al aborto legal —práctica que solo las

---

[256] Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo 1994, objetivo 11.5.d., disponible en https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

[257] Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo 1994, principio 8, disponible en http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html

[258] Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/18/27, párr. 30.

mujeres pueden requerir por su capacidad reproductiva— ya sea desplegada por actores judiciales, efectores de salud, u otras instituciones o personas, constituya un supuesto de violencia institucional. Quienes así actúen deberán responder penalmente por sus actos y ser demandados, junto con el Estado, mediante una acción por daños y perjuicios.

Mientras en la agenda pública se asienta la idea de que la violencia contra las mujeres, en cualquiera de sus manifestaciones, es un asunto público, la conceptualización que hace la Corte sobre las barreras al aborto no punible como un caso de violencia institucional permite concebir al Estado como responsable de organizar una política pública preventiva que remueva dichos obstáculos, y también como el responsable de reparar los daños que dicha práctica genera sobre las mujeres.

En efecto, sobre la necesidad de instaurar una política pública, la Corte Suprema de Justicia estableció que se debían eliminar las barreras institucionales y burocráticas que dificultan el acceso al derecho al aborto. Sostuvo que los servicios públicos de salud están obligados a realizar los abortos legales, que las autoridades de salud deben capacitar a funcionarios y efectores de salud de manera acorde con la decisión de la Corte, y que debe darse difusión pública sobre los derechos y asistencia integral a las mujeres víctimas de violación. En la misma línea, la Corte exhortó al Estado Nacional y a los Estados Provinciales y a la Ciudad de Buenos Aires a que sancionen los protocolos de atención necesarios para asegurar el efectivo acceso a los abortos no punibles. De acuerdo con los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia, los Protocolos o Guías de atención deben contemplar pautas que garanticen la información y confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencias para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida. Frente a uno de los puntos problemáticos en materia de atención sanitaria, reconoció la necesidad de organizar un adecuado sistema que permita al personal médico a ejercer su derecho a la objeción de conciencia, sin que ello comprometa la atención de la paciente. Finalmente, la Corte

exhortó la implementación de campañas de información pública, con especial foco en los sectores vulnerables, que hagan conocer los derechos que asisten a las víctimas de violación; y demandó la capacitación de las autoridades sanitarias, policiales, educativas para que, en caso de tomar conocimiento de situaciones de abuso sexual, brinden a las víctimas la orientación e información necesaria a fin de que accedan a las prestaciones médicas correspondientes.

El Comité de Expertas del MESECVI, en su Primer Informe Hemisférico, analizó la situación de la violencia contra las mujeres en los Estados partes de la Convención y concluyó que había evidencia de "una forma de violencia de género que nace de la negación de importantes derechos humanos vinculados a los derechos a la vida, salud, educación (...), a decidir sobre la vida reproductiva, a decidir el número de hijos e hijas y cuándo tenerlos, a la intimidad y la libertad de conciencia y de pensamiento de las mujeres, entre otros derechos". El informe señaló también que en "legislaciones donde los derechos sexuales y reproductivos no son protegidos ni reconocidos se puede incurrir efectivamente en graves violaciones a estos derechos, traducidas en el desconocimiento de las mujeres de sus derechos sexuales y reproductivos, la esterilización forzada, las altas tasas de morbilidad y mortalidad materna, entre otros. Quienes más arriesgan y corren peligro son las mujeres más vulnerables: mujeres empobrecidas, jóvenes, y mujeres de los sectores rurales respecto a quienes el acceso a la salud es un grave problema y deben recurrir a prácticas insalubres y peligrosas"[259].

Más recientemente, el MECSEVI puntualizó que "la negación de las políticas públicas y los servicios de salud sexual y reproductiva exclusivos para las mujeres, a través de normas, prácticas y estereotipos discriminatorios, constituye una violación sistemática de sus derechos humanos y las somete a la violencia institucional del Estado, causándoles sufrimiento físico y psicológico"[260].

Todos estos antecedentes refuerzan la idea de que existe un vínculo entre la negación de los derechos sexuales y reproductivos y la violencia institucional.

---

[259] MESECVI, "Informe Hemisférico", Adoptado en la Segunda Conferencia de Estados Parte, del 9 al 10 de julio de 2008. Disponible en http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf

[260] Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos. Disponible en http://www.oas.org/en/mesecvi/docs/CEVI11-Declaration-ES.pdf

6. Consideraciones finales

La maternidad puede ser un acontecimiento transformador en la vida de una mujer. Ser madre significa que, de acuerdo con la información relevada por las Encuestas de Uso del Tiempo aplicadas en la región, será la principal responsable del cuidado de su hija o hijo durante la niñez y que sumará, muchas veces, un rol activo en el cuidado de sus propios progenitores, ya sea en forma directa o gestionando otros apoyos. La maternidad implicará mayores posibilidades de perder el empleo o tener uno precario sin acceso a licencias pagas. Las responsabilidades de cuidado la dejarán en condiciones agravadas de vulnerabilidad si su pareja se disuelve y más aún si es víctima de violencia doméstica.

Para honrar los principios de igualdad y no discriminación, la maternidad debe ser elegida. El dispar acceso a la educación sexual, la anticoncepción, la prevención de la violencia, la atención de la salud, condicionan el contexto en el que tomamos decisiones fundamentales.

El aborto está parcialmente despenalizado en Argentina. Desde hace casi un siglo, es legal cuando corre peligro la vida o la salud de la mujer y cuando el embarazo es resultado de una violación. No se trata solo de una disculpa al castigo previsto en el Código Penal, sino que se trata de un derecho.

No obstante la Corte Suprema ha reafirmado esta idea, los obstáculos persisten pues concurren las firmes resistencias de diversos actores políticos y sociales que se niegan a superar las diversas barreras de acceso al aborto. En última instancia, estas prácticas muestran los límites del modelo de indicaciones vigente. Si el aborto es legal solo bajo ciertas condiciones (en lugar de ser legal dentro de determinado plazo) esas circunstancias son factibles de interpretación arbitraria, generando obstáculos a veces insalvables cuando el tiempo es un factor clave. Herramientas diversas como la sanción y aplicación de protocolos de atención en el sistema de salud y protocolos de actuación para operadores jurídicos, además de amplias campañas dirigidas a una mejor información sobre la ley vigente y las obligaciones que de allí se derivan para profesionales e instituciones, podrían contribuir a una mejor observancia de los derechos de las mujeres, garantizando su derecho a la igualdad sustantiva.

En ese camino, luego de la confirmación de la Corte Interamericana en el caso "Artavia Murillo"[261] en cuanto a la protección gradual e incremental de la vida en la Convención Interamericana de Derechos Humanos; la determinación de la compatibilidad de la legalización del aborto con nuestro bloque de constitucionalidad establecida en el caso FAL; y los avances en la comprensión de la obligación del Estado por asegurar el respeto y la vigencia de los derechos humanos de las mujeres, parecen indicar que es momento de dar el debate legislativo para modificar el actual modelo regulatorio del aborto por uno de legalización por plazos que permita definitivamente avanzar hacia una democracia más inclusiva.

Bibliografía

Bergallo, Paola, (2010), "A propósito de un caso formoseño. Las intervenciones y el discurso judicial sobre aborto", en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico. Informe anual del observatorio de sentencias judiciales 2009*, Buenos Aires, ELA.

— (2012), "El acceso al aborto por la causal de violación: pautas para la interpretación y aplicación de la normativa vigente en la Ciudad de Buenos Aires", en *Violencia de género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, MPD.

Cavallo, Mercedes y Amette, Roberto, (2013), "¿Qué obtuvimos y qué nos queda por obtener? Aborto no punible después del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Peripecias en la lucha por el derecho al aborto*, Vasallo, M. (comp.), Córdoba, Católicas por el Derecho a Decidir.

D'Alessio, Andrés y Divito Mauro, (2011), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*. T.II, Buenos Aires, La Ley.

Durán, Josefina, (2014), "El aborto no punible: un siglo de derechos incumplidos", en *Revista de Derecho de Familia*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Gherardi, Natalia, (2012), "La violencia contra las mujeres en la región", en *Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres*, Santiago de Chile, CEPAL.

[261] Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica", Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Gebruers, Cecilia y Gherardi, Natalia, (2015), "El aborto legal en Argentina: la justicia después de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso "FAL", Buenos Aires, Serie Documentos REDDAS, n° 2.

Faerman, Romina, (2009), "Algunos debates constitucionales sobre el aborto", en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Gargarella, R. (comp.), Buenos Aires, Abeledo Perrot.

Filippini, Leonardo, (2011), "Los abortos no punibles en la reforma constitucional de 1994", en *Aborto y Justicia Reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), Buenos Aires, Del Puerto.

Ramón Michel, Agustina (2011), "El fenómeno de inaccesibilidad al aborto no punible", en *Aborto y Justicia Reproductiva*, Paola Bergallo (comp.), Buenos Aires, Del Puerto.

CAPÍTULO 8

Femicidio

Patsilí Toledo[262]

1. Introducción

Desde el año 2007, más de una decena de países latinoamericanos, incluyendo Argentina, han introducido reformas legales para penalizar en forma específica ciertos homicidios de mujeres[263]. Estas figuras penales, conocidas en los diversos países como femicidio o feminicidio, dotan de reconocimiento jurídico particular a homicidios que son considerados una expresión extrema de "violencia contra las mujeres", esto es, que se cometen en contra de mujeres y están basados o motivados en su género[264].

---

[262] Doctora en Derecho Público por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora del Departamento de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra.

[263] Costa Rica (2007), Guatemala (2008), Colombia (2008), Chile (2010), El Salvador (2010), Nicaragua (2011), Perú (2011), Argentina (2012), México (2012), Panamá (2013), Bolivia (2013), Ecuador (2014) y Brasil (2015).

[264] La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará (Organización de Estados Americanos, 1994), define en su art. 1° la violencia contra la mujer como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado".

La tipificación de estas figuras constituye la manifestación, en el ámbito jurídico penal, de un proceso promovido desde el movimiento feminista latinoamericano que ha tenido por objeto hacer política y socialmente visible el fenómeno de los homicidios de mujeres y su vínculo con la discriminación estructural que las afecta. Sin embargo, estos procesos a menudo han sido fuertemente cuestionados desde el ámbito jurídico penal, con objeciones que —si bien no han impedido las tipificaciones— tienen consecuencias en la interpretación y aplicación de estas nuevas figuras a casos concretos.

Aunque los escenarios sociales e institucionales existentes a nivel continental son muy diversos, este artículo busca analizar los desafíos que actualmente presenta la interpretación y aplicación de estas nuevas figuras penales en diversos países y, en particular, en Argentina. Para ello, se presenta un breve análisis tanto del origen y desarrollo de las expresiones femicidio/feminicidio, como de las principales características y problemáticas de las nuevas tipificaciones y de su incipiente interpretación y aplicación judicial.

2. Antecedentes teóricos

Tanto los neologismos feminicidio/femicidio como su antecedente directo en inglés *femicide* han sido principalmente elaborados por académicas del ámbito de la sociología y la antropología[265], es decir, no son construcciones teóricas provenientes de la esfera jurídica. En Latinoamérica, la conceptualización de Russell y Caputi (1990) en Estados Unidos se transformó en la base para la reflexión y acción de activistas y académicas feministas en diversos países del continente[266], donde surgieron posteriormente las primeras

[265] Por ejemplo, en Estados Unidos, Diana Russell, Jane Caputi y Jill Radford, y en Latinoamérica, Marcela Lagarde, Julia Monárrez y Rita Segato.

[266] El uso de la expresión "feminicidio" se ha generalizado en México y en gran parte de la región desde mediados de la década de 1990, principalmente a partir la denuncia de múltiples casos de desapariciones y cruentos homicidios de mujeres, en el Estado de Chihuahua, en particular en Ciudad Juárez, caracterizados por violencia sexual o física extrema así como por la impunidad que los ha rodeado. Estos casos han dado lugar a múltiples pronunciamientos y recomendaciones de organismos nacionales e internacionales, siendo de especial relevancia jurídica la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el emblemático caso

propuestas legislativas. En otras regiones del mundo, en cambio, la expresión *femicide* se ha utilizado principalmente en investigaciones académicas (Landau y Hattis-Rolef, 2001; Hosseini, 2009; Kumar, 2009), y su uso por parte del activismo feminista y el ámbito legislativo es más bien incipiente[267].

A pesar de este origen común, las definiciones teóricas, académicas y políticas de femicidio/feminicidio[268] presentan diversas evoluciones. En términos generales y enfatizando los elementos que permitan la comprensión penal de su contenido, es posible distinguir entre elaboraciones teóricas amplias y restrictivas, sobre la base de los hechos que se incluyen y las personas que los cometen. En general, el carácter amplio o restrictivo depende de las perspectivas teóricas que sustentan la noción de femicidio, el tipo de estudio o análisis que se realiza y sus objetivos (Crawford y Gartner, 1992; Campbell y Runyan, 1998; Carcedo y Sagot, 2000; Russell y Harmes, 2001; Lagarde, 2005; Russell y Radford, 2006, etcétera). Mientras los documentos teóricos y políticos tienden a utilizar definiciones amplias de femicidio/feminicidio, los trabajos empíricos o estudios de campo tienden a utilizar definiciones más acotadas.

Las "conceptualizaciones amplias" incluyen en el femicidio tanto homicidios intencionales de mujeres como también las muertes que

---

"Campo Algodonero" que condenó al Estado mexicano por no garantizar el derecho a la vida, integridad y libertad de las víctimas, así como por la impunidad y discriminación que afectó a las víctimas y sus familiares (Corte IDH, "González Banda y otras ("Campo Algodonero") vs. México", de 16 de Noviembre de 2009). La sentencia utilizó la expresión "feminicidio", pero sin aludir a la necesidad o conveniencia de tipificar esta figura como un delito específico, pues sus disposiciones se centraron en el mejoramiento de los procesos de investigación de las desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres en México, la sanción a los responsables del tratamiento negligente de los casos, así como medidas generales para erradicar la discriminación y violencia contra las mujeres.

[267] En Europa ha sido utilizado por el activismo feminista principalmente en Italia y España, y recientemente también en Francia y Reino Unido.

[268] En el nivel latinoamericano ha existido controversia respecto al uso de la palabra "femicidio" o "feminicidio", sobre la base de argumentos lingüísticos y políticos (por ejemplo, la inclusión de la responsabilidad del Estado —por la impunidad— en el "feminicidio", de acuerdo a la mexicana Marcela Lagarde). Tales distinciones, sin embargo, se han desdibujado en la actualidad, a medida que los diversos países utilizan una u otra expresión de manera sinónima, y que el elemento "responsabilidad del Estado" ha desaparecido, en parte, precisamente por la tipificación penal.

se producen por abortos clandestinos —en los países en que el aborto voluntario de las mujeres constituye un delito—, o las muertes que son consecuencia de enfermedades que afectan desproporcionadamente a mujeres y no son tratadas o prevenidas en forma adecuada[269], entre otras[270]. Así, las definiciones amplias, en general[271], incluyen dentro del femicidio todas las muertes de mujeres que se producen como consecuencia de la discriminación estructural que las afecta, sea cual sea el ámbito en que se produzca (Lagarde, 2008). La amplitud de estas conceptualizaciones, de interés en el campo antropológico o sociológico, sin embargo, las ubica a una gran distancia de las elaboraciones propias del derecho penal, principalmente al incluir como femicidios conductas que no constituyen delitos en sentido estricto.

Las "conceptualizaciones restrictivas" son las más comúnmente utilizadas y se limitan a los homicidios, sin considerar las muertes no intencionales de mujeres a consecuencia de otros factores. Dentro de esta categoría también existen nociones más amplias y más restrictivas. Por ejemplo, algunas autoras consideran como femicidio únicamente los homicidios de mujeres cometidos por sus parejas íntimas, llamado femicidio íntimo (Crawford y Gartner, 1992; Stout, 2006), mientras otras incluyen también los homicidios cometidos por desconocidos en contextos de ataque sexual, o incluso los homicidios cometidos contra terceras personas como forma de violencia hacia las mujeres (Carcedo y Sagot, 2000)[272].

---

[269] Por ejemplo, Russell (2001) en relación al VIH-Sida en Sudáfrica.

[270] Para Russell y Caputi (1990) "el femicidio es el extremo de un continuum de terror que incluye violación, tortura, esclavitud sexual (particularmente en la prostitución), abuso sexual infantil incestuoso y extrafamiliar, maltrato físico y emocional, hostigamiento sexual, mutilación genital (clitoridectomías, infibulaciones), operaciones ginecológicas innecesarias (histerectomías gratuitas), heterosexualidad forzada, esterilización forzada, maternidad forzada (mediante la criminalización de los anticonceptivos y el aborto), psicocirugía (...) la negación de alimentos a las mujeres en algunas culturas, cirugía cosmética y otras mutilaciones en nombre de la belleza. Cuando estas formas de terrorismo resultan en muerte, se transforman en femicidios" (Russell y Caputi, 1990:35. Traducción propia. Destacado propio).

[271] Otras definiciones son aun más amplias, como las expuestas por académicas consideran que la palabra "homicidio" lingüísticamente excluye a las mujeres, por lo que debiera hablarse de "feminicidio" en todo caso en que se cause la muerte de una mujer (Monárrez, 2006).

[272] La figura del "femicidio por conexión" "hace referencia a las mujeres que fueron asesinadas 'en la línea de fuego' de un hombre tratando de matar a una mujer. Este

La formulación más extendida a nivel latinoamericano es la que considera como femicidios/feminicidios todos aquellos homicidios de mujeres que se cometan por razones de género, es decir, aquellos que constituyen una manifestación extrema de violencia contra las mujeres, ya sean cometidos por conocidos o desconocidos, en el ámbito público o privado. En este sentido, el concepto de femicidio/feminicidio ha sido desarrollado y utilizado en diversos contextos y regiones de México y la mayor parte de Latinoamérica[273] y también ha encontrado una incipiente utilización en España (Instituto Centro Reina Sofía, 2010a, 2010b)[274] e Italia (Karadole, 2007; Giari, 2008; Adolfi *et al.*, 2010; Spinelli, 2008; Crociati *et al.*, 2014).

Cabe señalar que la coexistencia en Latinoamérica de las expresiones femicidio y feminicidio —a partir de la traducción de *femicide*— es también consecuencia de debates basados tanto consideraciones lingüísticas como políticas[275]. En la actualidad, sin embargo, y en gran parte a causa de las leyes que han tipificado esta figura en los diversos países, han llegado a ser expresiones sinónimas, para aludir a los homicidios de mujeres por razones de género.

---

es el caso de mujeres parientes, niñas u otras mujeres que trataron de intervenir o que simplemente fueron atrapadas en la acción del femicida" (Carcedo y Sagot, 2000:11). En tanto, el llamado "femicidio vinculado" desarrollado desde la ONG argentina La Casa del Encuentro, incluyen tanto los casos de femicidio "por conexión" ya mencionados, como también la muerte de "personas con vínculo familiar o afectivo con la mujer, que fueron asesinadas por el femicida con el objeto de castigar y destruir psíquicamente a la mujer a quien consideran de su propiedad" (La Casa del Encuentro, n.d.).

[273] Entre otros: Monárrez, 2000, 2006, 2009; Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación La Morada, 2004; Lagarde, 2005; Maldonado, 2005, 2009; Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz, 2006; Segato, 2006, 2011; CLADEM, 2008, 2011; Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio, 2008, 2010, 2011 y 2014; Carcedo, 2010; Fregoso y Bejarano, 2010; González-Méndez y Santana-Hernández, 2012, etcétera.

[274] En España, los informes sobre víctimas mortales de la violencia de género del Consejo General del Poder Judicial español utilizan la expresión "femicidio" pero restringida únicamente a "la muerte violenta de la mujer ocasionada por quien sea o haya sido su cónyuge o persona a la que esté o haya estado ligado por análoga relación de afectividad a la conyugal, siendo el sujeto activo varón" (CGPJ, 2011:7). En organizaciones feministas posee una utilización en un sentido más amplio (Laporta, 2013).

[275] Por ejemplo, Monárrez (2006, 2009) y Lagarde (2005).

3. El femicidio en las leyes penales de la región

El tratamiento específico de ciertos homicidios de mujeres por parte del derecho penal no constituye una novedad en sentido estricto. En efecto, históricamente, diversas normas penales europeo-continentales (antecedentes de los códigos penales latinoamericanos) han contemplado supuestos en los que algunos homicidios de mujeres han sido considerados merecedores de un tratamiento penal especial. Así, en Italia, por ejemplo, hasta 1981 el homicidio de la mujer por parte de su marido, padre o hermanos, por motivos de honor, constituía una figura privilegiada que se sancionaba con penas de 3 a 7 años de prisión; mientras que cualquier otro homicidio se sancionaba con penas mínimas de 20 años. Una figura similar existió hasta 1961 en España, sancionando con pena de destierro y no de prisión el homicidio de la mujer adúltera cometido por su marido (Acale, 2006)[276]. Otras disposiciones parecidas persisten o han estado vigentes hasta muy recientemente en países latinoamericanos y del Caribe[277]. Por supuesto, a este tipo de disposiciones penales se suman otras, tanto civiles como penales, que permiten hablar de un sistema jurídico que históricamente ha estado destinado —entre otros fines— a asegurar la subordinación de las mujeres y la autoridad masculina (MacKinnon, 1995; Facio, 1992).

Si bien la mayor parte de estas provisiones legales han sido derogadas en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, sus consecuencias culturales siguen arraigadas a nivel global. Aun actualmente los homicidios de mujeres en todo el mundo son principalmente cometidos por sus parejas o familiares y no presentan disminución con el paso del tiempo —como sí ocurre con los homicidios en general, a nivel global, en las últimas décadas— (UNODC,

---

[276] El uxoricidio se mantuvo en vigor en el ordenamiento jurídico español hasta la aprobación de la ley 79/1961 de 23 de diciembre, pero no se suprimió porque se pensara en que era arcaico e injusto, sino porque se consideraba que los mismos efectos podían conseguirse con la aplicación de la parte general del Código (Sáinz, 1975).

[277] Hasta 2005 existía en Haití una norma que absolvía al marido que mataba a su mujer en ciertos casos (United Nations Division for the Advancement of Women / United Nations Economic Commission for Africa, 2009:25), y en México, aun actualmente, los códigos penales de algunos Estados contemplan el homicidio por razón de honor (Incháustegui y López, 2011:25).

2014). Por esto, las leyes que tipifican el femicidio/feminicidio han tenido por objeto deslegitimar de manera expresa las justificaciones que históricamente han avalado la violencia masculina contra las mujeres.

La tipificación del feminicidio/femicidio y otras figuras penales género-específicas o no neutras ha sido principalmente justificada, desde la perspectiva jurídica, a través el derecho internacional de los derechos humanos[278]. Cabe recordar que los Estados partes de la Convención BDP deben adoptar medidas legislativas penales —entre otras— que "sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres" (art. 7, letra c). Más ampliamente, los tratados generales de derechos humanos incluyen la obligación de garantizar todos los derechos sin discriminación y adoptar las medidas —también legislativas— que sean adecuadas para ello[279]. En ese sentido, las medidas adoptadas para sancionar específicamente la violencia contra las mujeres son plenamente justificables, como lo ha reconocido ya desde 2004 la Sala Constitucional costarricense[280] y desde 2008 el Tribunal Constitucional español[281]. También las disposiciones previstas en el art. 5° de la CEDAW y en el art. 7° e) de la Convención BDP, que explicitan el deber del Estado de "modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias

---

[278] Que por razones históricas y políticas constituye un referente central para el movimiento feminista latinoamericano (Toledo, 2014:64/73). Además, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la tipificación de nuevas figuras penales fue una demanda luego de las dictaduras y conflictos de las décadas de 1960 a 1980 en la región, incluyendo la tipificación de crímenes como la tortura, la desaparición forzada, etcétera.

[279] La obligación general de garantizar los derechos sin discriminación es suficiente justificación para estas leyes específicas, sin necesidad de recurrir a disposiciones especiales ni calificar estas medidas como "medidas especiales". Se las puede considerar como acciones afirmativas pero, si bien ello puede ser adecuado desde alguna perspectiva teórica, no es necesario desde la perspectiva jurídica de las obligaciones de derechos humanos, ni contribuye a la mejor comprensión de estas leyes.

[280] Sentencia 3441-2004 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, de 31 de marzo de 2004.

[281] Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) n° 59/2008, de 14 de mayo de 2008 y STC n° 45/2009, de 19 de febrero de 2009, sobre cuestiones de inconstitucionalidad de los Artículos 153.1 y 171.4 del Código Penal (en su redacción vigente, resultante de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer" sustentan legitimidad de estas leyes[282].

A pesar de lo anterior, las leyes que tipifican el femicidio han sido fuertemente cuestionadas desde algunos sectores de la doctrina penal. Se ha insistido sobre la suficiencia de las normas ya existentes —homicidio, homicidio agravado por el vínculo, etc.—, que poseen rangos de penalidad que permiten sancionar más severamente los casos más graves. También se ha considerado que este delito constituiría una norma discriminatoria hacia los hombres, al dar un mayor valor a la vida de las mujeres, lo que provocaría conflictos de constitucionalidad evidentes[283], así como el riesgo de introducción de normas propias de "derecho penal de autor". Con todo, estas críticas no son exclusivas de estas iniciativas, sino que han sido compartidas por otras normas en el derecho comparado que sancionan de forma separada y agravada la violencia contra las mujeres, como la legislación sobre violencia de género en España desde 2004[284].

Más allá de que diversos fenómenos conceptualizados como femicidios/feminicidios en el ámbito sociológico constituyen —en ámbito jurídico penal— figuras pluriofensivas, pues afectan una pluralidad de bienes jurídicos[285], la cuestión —tal como se ha planteado en la legislación española— es que la violencia contra las mujeres supone un *plus* de injusto basado precisamente en la discriminación y subordinación implícita en la violencia de la que ellas son víctimas. Este elemento adicional permite, a la vez, justificar la

---

[282] Posiblemente, en esta materia la adopción de normas género-específicas sea imprescindible, pues la modificación de aquellos patrones socioculturales requiere de medidas adecuadas a un fenómeno de estas características.

[283] Durante la tramitación legislativa de la ley que tipificó el femicidio en Costa Rica (entre 1999 y 2007) este fue un aspecto insistentemente abordado por quienes cuestionaban la constitucionalidad de esta normativa, debate similar al que se produjo a nivel político y mediático respecto de la tipificación del femicidio en Chile en 2010.

[284] Por ejemplo, la crítica de Gimbernat (2004) a la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, precisamente la califica como un ejemplo de "derecho penal de autor". En similares términos se había pronunciado el Dictamen del Consejo General del Poder Judicial español (CCPJ) al "Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres", de 24 de junio de 2004 (CGPJ, 2004). En contra de esta crítica, entre otras: Laurenzo (2005), Maqueda (2006), Larrauri (2009), Bodelón et al. (2009).

[285] Como los femicidios o feminicidios sexuales o incluso aquellos precedidos por secuestros, que afectan también la libertad sexual y personal.

agravación de las penas y desarticular la crítica basada en la discriminación de los hombres. De manera similar a los llamados *hate crimes* o crímenes de odio[286], son crímenes que se agravan con la intención de expresar el mayor rechazo social que merecen las conductas basadas en el menosprecio hacia ciertos colectivos[287].

En la práctica, sin embargo, es importante destacar, que estas nuevas figuras penales no necesariamente constituyen figuras agravadas o calificadas de homicidio, pues en parte importante de los países que han tipificado el femicidio, las penas que se imponen a quienes lo cometen son equivalentes a las previstas para otros homicidios calificados —como homicidios agravados por el vínculo o parricidio— y, más específicamente, a la que se impondría a una mujer que cometiera el mismo crimen contra un hombre[288]. En este sentido, a pesar de ser figuras separadas y diferenciadas, la pena "neutraliza" sus efectos al asimilarlas a tipos penales comunes, eludiéndose así la controversia jurídica respecto a la penalización diferenciada.

En cuanto al contenido de estas nuevas figuras, existe una gran diversidad en la región, tanto en relación a la amplitud de los crímenes comprendidos, como en los elementos utilizados para describirlos[289]. Si bien la mayor parte de los países penalizan el femicidio/feminicidio cometido tanto por conocidos como por desconocidos

---

[286] Entre los que, históricamente, se han excluido los crímenes contra mujeres (Toledo, 2014:177 y siguientes).

[287] Esto también es controvertido en ocasiones, cuando se argumenta, por ejemplo, que no hay justificación para sancionar a una persona particular por el sexismo que está presente en la sociedad, o un acto particular de racismo, cuando las sociedades también son racistas, etcétera. En términos generales, la cuestión es similar a la sanción de los delitos económicos, aunque vivimos en sociedades que promueven la avaricia. Todos estos casos apuntan a la responsabilidad del Estado de promover activamente la erradicación de aquellos valores sociales (sexismo, racismo, materialismo, etcétera.), de modo que la norma penal sea un elemento más de la acción estatal de promoción de una sociedad más igualitaria y justa.

[288] Tal hipótesis es posible, por ejemplo, en Costa Rica, Chile, Perú y en Guatemala, México, El Salvador y Nicaragua en ciertos casos.

[289] Hay elementos particulares en varios países. Entre otros supuestos de femicidio, por ejemplo, en Guatemala, se encuentra que la muerte sea consecuencia de ritos grupales, o en presencia de hijas o hijos de la víctima; en Bolivia, que el crimen se cometa por el embarazo de la víctima; en diversas entidades federativas mexicanas, que el cuerpo de la víctima haya sido expuesto en un lugar público, etcétera.

—en diversos supuestos—, algunos únicamente se limitan a los que ocurren en la esfera íntima o de pareja[290].

Esta distinción también está asociada a otra de las críticas a estos tipos penales, derivada de la inadecuada configuración penal de algunos de ellos, pues poseen rangos de indeterminación o imprecisión que podrían suponer una vulneración a las garantías de legalidad y tipicidad. Esto se produce principalmente en los tipos penales que comprenden los crímenes cometidos tanto en la esfera pública como en la privada, es decir, las figuras más amplias, que a menudo transponen a las normas penales conceptos sociológicos o antropológicos que carecen de la precisión que exige el principio de legalidad. Así, por ejemplo, la referencia a dar muerte a una mujer "por el hecho de ser mujer", o "por su condición de mujer", "en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres", "misoginia", entre otras[291]. En otros casos, se han incluido en el tipo penal elementos de difícil acreditación que tendrán como consecuencia una virtualmente nula aplicación de la figura de femicidio, al preferirse la aplicación de figuras neutras más simples y sancionadas con la misma pena[292].

Las figuras más restrictivas —en Costa Rica, Chile y Perú—, por el contrario, poseen una redacción basada en los tipos penales tradicionales[293], con la sola variación de sus víctimas, que son mujeres. Esto hace que los tipos penales que abordan únicamente los crímenes que se cometen en la esfera privada resulten mucho

---

[290] Es el caso de Costa Rica, Chile y Perú.

[291] Como ocurre, por ejemplo, en Colombia, en algunas legislaciones mexicanas y algunos supuestos de la ley guatemalteca.

[292] Sucede así en los estados mexicanos de Guerrero, Guanajuato y Tamaulipas, entre otros. Este tipo de normas parece buscar distorsionar los datos relativos a las muertes de mujeres y, especialmente, desacreditar las denuncias de organizaciones feministas al respecto, puesto que de esta manera es —legalmente— posible asegurar que en aquel Estado se producen solo "homicidios de mujeres" y no feminicidios. Estas diferencias normativas también responden a los contextos sociales y políticos que han determinado estos procesos legislativos. Así, la oportunidad y celeridad de la aprobación de varias de estas leyes, la intervención o no del movimiento de mujeres en su elaboración, así como en que algunas de ellas resulten ser normas difícilmente aplicables en lo penal, son todas cuestiones que se vinculan a los diversos escenarios y opciones políticas en las diversas entidades federativas mexicanas.

[293] Como en la figura del parricidio, generando —de paso— una confusa relación entre una figura en extinción de los códigos más modernos, y una nueva figura —el feminicidio/femicidio— que tiene una justificación jurídica totalmente diferente.

menos cuestionados y son —como se verá— los que tienen una mayor aplicación en la práctica.

4. La aplicación e interpretación judicial de los nuevos tipos penales

A pesar de la justificación jurídica de estas figuras, existe un importante grado de resistencia por parte de académicos/as y juristas, incluyendo abogados/as, jueces/zas y fiscales frente a este tipo de leyes. Se trata de una resistencia que no dista demasiado de la que históricamente ha afectado a diversas legislaciones que han tenido por objeto dotar de reconocimiento penal expreso a las diversas formas de violencia contra las mujeres, en particular, la que se ejerce en la esfera de las relaciones de pareja.

Esta resistencia afecta especialmente a las leyes que sancionan el femicidio/feminicidio más severamente que otras figuras de género neutrales (homicidio o parricidio, por ejemplo), o lo tipifican de manera más amplia, pues se percibe que tales figuras vulneran la igualdad formal que tradicionalmente ha caracterizado a las leyes penales. Tal resistencia, unida a la falta de comprensión de los elementos de estas figuras, puede llevar a operadores/as jurídicos/as a preferir la utilización de las normas neutras ya conocidas —como homicidio o asesinato— en vez de los nuevos delitos de femicidio/feminicidio, en particular cuando las penas son equivalentes. Cuando existen otras figuras o agravantes más fáciles de acreditar y de idéntica sanción, no existe ningún estímulo para la investigación de los elementos que eventualmente podrían constituir un femicidio, porque acarrearía un innecesario desgaste de los recursos de investigación[294].

La falta de aplicación de estas figuras también es favorecida por las redacciones penales particularmente imprecisas en algunos países, como en Colombia, en que se agrava el homicidio de una mujer "por el hecho de ser mujer", agravante que ha sido escasamente utilizada desde que fue introducida en el Código Penal en el año

[294] Como en el caso del Estado de Guerrero, en México, donde junto con tipificarse el feminicidio se introdujo la agravación general de todos los homicidios cometidos por un hombre contra una mujer, sancionados con la misma pena que el feminicidio.

2008[295]. Apenas en 2015 se ha obtenido la primera sentencia de la Corte Suprema en aplicación de esta figura, precisando que "se causa la muerte a una mujer por el hecho de ser mujer, cuando el acto violento que la produce está determinado por la subordinación y discriminación de que es víctima, de lo cual resulta una situación de extrema vulnerabilidad"[296].

La resistencia a estas normas también puede llevar a que se exija la concurrencia de elementos no exigidos expresamente por la ley —como por ejemplo, acreditar la relación de subordinación entre el hombre y la mujer, en el caso concreto— como ha sucedido en algunos casos con la legislación española luego de la LO 1/2004 (Prieto, 2010).

Aunque no existen estudios amplios de la jurisprudencia sobre femicidio en los diversos países que han tipificado esta figura, las primeras evaluaciones disponibles presentan resultados muy variados. En Chile, por ejemplo, al ser el femicidio una figura aplicable únicamente a los femicidios íntimos y que solo supone un cambio de nombre respecto del parricidio (homicidio agravado por el vínculo), sin alteración de penas ni inclusión de elementos adicionales, su aplicación no ha supuesto mayores inconvenientes, como tampoco avances en la comprensión de la violencia contra las mujeres.

En México, donde las figuras de feminicidio tienen un carácter más amplio y complejo —y elementos diferentes en los diversos estados—, un análisis de las primeras sentencias dictadas en el Estado de México y el Distrito Federal confirma que la mayoría de las condenas se presentan en casos de feminicidios íntimos, pues esos crímenes son más fáciles de identificar como tales y suponen una investigación más sencilla, comparados con aquellos en que el agresor es un desconocido (Toledo, 2013)[297].

---

[295] En Colombia se agravó la penalidad del homicidio que "se cometa contra una mujer, por el hecho de ser mujer" (ley nº 1257 de 2008).

[296] Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP-2190 (41.457). Magistrada ponente Patricia Salazar, 12 de abril de 2015.

[297] Es necesario tener presente que la impunidad —como consecuencia de la ausencia o deficiente investigación— suele afectar más severamente a aquellos feminicidios que ocurren "en la esfera pública" —como por ejemplo, en el caso de Campo Algodonero— en que los cuerpos de las mujeres son encontrados a menudo en el espacio público, y aparentemente son cometidos por desconocidos de la víctima. En estos casos, la investigación es más compleja que cuando se trata de una mujer

La mayor presencia de sentencias por femicidios cometidos por conocidos es un fenómeno común también en el resto de los países del continente que han tipificado el femicidio/feminicidio. Esto deja un margen de duda sobre la efectividad del funcionamiento del sistema de justicia respecto de aquellos femicidios cometidos por desconocidos. Esta circunstancia es preocupante frente al incremento de la violencia relacionada con la criminalidad organizada y la "guerra contra las drogas" en México y Centroamérica, pues esta posee efectos desproporcionados en las mujeres (Carcedo, 2010; Toledo, 2011).

4.1. La tipificación e interpretación judicial del femicidio en Argentina

En Argentina, al igual que en Colombia, el femicidio ha sido introducido en el Código Penal sin utilizar esta palabra en el texto legal, e incluyéndolo dentro de los supuestos del homicidio agravado[298]. Es interesante señalar que en Argentina la expresión "femicidio" había sido utilizada en algunos pronunciamientos judiciales aun antes de la aprobación de esta reforma legal, en particular, en casos de homicidio cometidos en contextos de relación de pareja en que existía violencia previa ejercida por el autor en contra de la víctima[299].

La reforma, que ha sido criticada por algunos juristas300, incluyó la modificación de dos agravantes del artículo 80 del Código Penal (números 1 y 4) y la inclusión de dos nuevas (11 y 12).

"Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

---

asesinada en su casa o por personas de su entorno cercano, cuando el autor será normalmente un conocido de la víctima y a menudo es identificado por familiares o amistades, o hasta puede entregarse personalmente a la justicia, facilitando la investigación.

[298] Ley nº 26.791, promulgada el 11 de diciembre de 2012, publicada el 14 de diciembre del mismo año.

[299] Sentencia del 23 de agosto de 2012, del Tribunal Oral Criminal nº 9 de Buenos Aires.

[300] Por ejemplo, el ministro de la Corte Suprema de Justicia y penalista Raúl Zaffaroni ha señalado que la ley no tendrá eficacia "porque lo que tipificaron no existe" ya que "nadie sale a la calle a matar a una mujer por ser mujer" y, entonces solo tendrá eficacia "respecto de travestis, transexuales", porque "el homicidio de odio se produce contra minorías" (Halfon y Álvarez, -2012- 2 de diciembre).

1°. *A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia (...)*

4°. *Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión (...)*

11°. *A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género.*

12°. *Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°".*

Diversas formas de femicidio —tal como ha sido elaborado en la teoría feminista— pueden ser subsumidas en los diversos numerales mencionados del artículo 80. Claramente, en un sentido estricto, el femicidio está sancionado en el n° 11 de la norma: cuando un hombre mata a una mujer, mediando violencia de género. Sin embargo, también son femicidios los casos de muertes de mujeres cometidas por sus parejas, sancionadas de acuerdo al n° 1[301], disposición que, analizada de forma aislada, constituye una norma equivalente a las ya comentadas de Costa Rica, Chile y Perú, en que la sanción del femicidio supone la misma pena que otros homicidios agravados por el vínculo. La ley, además, impide que se apliquen "circunstancias extraordinarias de atenuación" —que permiten la rebaja sustancial de la pena— cuando el autor que se encuentre en alguno de los supuestos del n° 1 "anteriormente hubiera realizado actos de violencia contra la mujer víctima", lo cual refuerza la calificación como femicidio de tales supuestos.

En el caso del n° 4, en cuanto se trate de homicidios de mujeres cometidos por "odio de género" —en el caso de las mujeres, misoginia—, o por odio "a la orientación sexual, identidad de género o su expresión" —por ejemplo, homicidios de mujeres lesbianas o bisexuales, *queer*, etc.— también constituyen femicidios. Finalmente, la agravante contemplada en el n° 12, de los homicidios que se cometan con el propósito de causar sufrimiento a una persona con

[301] La reforma además amplió el conjunto de relaciones que se incluyen en la agravación género-neutral del homicidio por el vínculo.

la que se mantiene o ha mantenido una relación de pareja corresponde —cuando la persona a la que se busca causar sufrimiento sea una mujer— a lo que el activismo en Argentina ha llamado *femicidio vinculado*[302]. En estos casos, será necesario acreditar el elemento subjetivo adicional de la intención de causar aquel daño psíquico.

Las variadas disposiciones que contemplan diversas formas de femicidio en el artículo 80 buscan abarcar las numerosas circunstancias en que estos crímenes se presentan. Sin embargo, también esta diversidad genera cierta confusión en la interpretación doctrinaria y judicial que —como se verá— no necesariamente favorece el entendimiento del complejo fenómeno de la violencia contra las mujeres y el femicidio.

Entre estas diversas figuras, como hemos dicho, el femicidio queda incluido, en sentido estricto, en la circunstancia prevista en el nº 11, pues es la única disposición —de las comentadas aquí— que explícitamente señala que la víctima debe ser una mujer. También la expresa referencia a la autoría masculina es relevante, ya que algunas legislaciones comparadas no lo han hecho, dando lugar a la aplicación de estas figuras en casos de violencia entre parejas de lesbianas, como ha ocurrido en algunas entidades federativas mexicanas, donde se han impuesto penas particularmente altas a las mujeres (Toledo, 2013)[303]. Este tema ha sido objeto de debate teórico a nivel comparado (Russell, 2009:28; Larrauri, 2009:6; Laurenzo, 2005:17), habiendo acuerdo en que la violencia contra las mujeres presenta características particulares, por lo que no puede

---

[302] En otros países, como Chile, los estudios feministas llaman a este tipo de crímenes "castigo femicida" (Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, 2014).

[303] La severidad del sistema penal hacia las lesbianas ya ha sido documentada en algunos estudios (Streib, 1995; Robson, 1992, 2004) que indican que, al igual que factores raciales y socioeconómicos, ser lesbiana es un factor que hace más probable que una mujer sea juzgada, condenada o condenada a una pena privativa de libertad y, en tal caso, también a condenas más largas (Robson, 2000:208). La aplicación de las sanciones agravadas por violencia de género a mujeres que agreden a otras puede constituir una forma de discriminación contra las lesbianas por su orientación sexual (Bodelón et al., 2009:255) y es, en todo caso, una utilización que no se compadece con los fines que ha tenido la penalización del femicidio.

equipararse a otras formas de violencia en la esfera doméstica o a otras formas de violencia en las relaciones de pareja[304].

La mayor dificultad en la interpretación del nº 11 del artículo 80 se encuentra en la expresión "violencia de género", expresión que carece de definición legal en Argentina[305], aunque se suele considerar como sinónima de "violencia contra las mujeres". Si bien esta interpretación puede resultar controvertida, la violencia de género (o violencia basada en el género o por razones de género) es teóricamente una noción más amplia que la violencia contra las mujeres —de acuerdo a la definición de la Convención de Belém do Pará[306]— pues incluye también la violencia dirigida contra otros sujetos —no únicamente las mujeres— por su condición de género[307]. La violencia de género "castiga a todas las personas que se apartan de lo que se considera normal en términos de roles sociales asignados a hombres y mujeres, y sanciona las conductas y las opciones sexuales divergentes de la norma" (Juliano, 2006:25). Desde esta perspectiva, la violencia contra las mujeres es una forma de violencia de género.

---

[304] En España, donde la Ley Orgánica 1/2004 agravó las sanciones en diversos delitos cometidos contra mujeres en el contexto de relaciones de pareja, se ha debatido si la agravación se aplicaría también a los delitos cometidos por mujeres, esto es, relaciones entre lesbianas. A nivel jurisprudencial, sin embargo —a diferencia de lo ocurrido hasta ahora en México—, se ha sostenido que tales sanciones agravadas no son aplicables a parejas lésbicas, sin perjuicio de que tales actos —al igual que la violencia en parejas gays— se sancionen de acuerdo a las normas de violencia doméstica. Esta opción deja como únicos sujetos activos posibles a los hombres, lo cual se ajustaría tanto a las finalidades preventivas de la norma —al dirigir el mensaje a los potenciales agresores (Ruiz, 2006:44)— como a la mayor lesividad en estas conductas, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, al lesionar la seguridad, libertad y dignidad de las víctimas (STCE 59/2008, de 14 de mayo).

[305] La ley nº 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, aprobada en marzo de 2009, define la "violencia contra la mujer" —sobre la base de la definición de la Convención BDP—, pero no la "violencia de género".

[306] Ver nota 2.

[307] Normalmente ejercida contra quienes poseen orientación o identidades de género distintas a las dominantes, como ocurre con lesbianas, gays, personas intersexuales, trangénero o transexuales. Pero la violencia por razones de género también puede afectar a hombres para ajustar su conducta al modelo heterosexual dominante, como ocurriría en los casos de reclutamiento de niños en fuerzas armadas, en que son forzados a reproducir los patrones de género dominantes.

Sin embargo, la legislación argentina no es la única que utiliza como voces sinónimas la "violencia de género" y la "violencia contra las mujeres". Otro tanto ha hecho la actual legislación española sobre violencia de género[308], que aun restringe la "violencia de género" únicamente a la violencia contra las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja. La gran divulgación que ha tenido la normativa española a nivel internacional también ha contribuido a la confusión entre ambas expresiones, así como los ámbitos en que se producen.

Las dificultades de la interpretación del elemento "violencia de género" en el nº 11, por un lado, y la simplicidad que supone acreditar los vínculos señalados en el nº 1 de la norma, por otro, han hecho que varios casos en que se da muerte a una mujer por parte de su pareja o ex pareja en contextos de violencia, sean agravados mediante esta última norma, y no el nº 11. Así, por ejemplo, la sentencia del 30 de septiembre de 2014 del Tribunal de Juicio de Salta[309], da por establecido que el homicidio de la mujer cometido por su ex pareja constituye un femicidio íntimo y abunda en consideraciones sobre la violencia de género que se manifiesta en el crimen, pero agrava el delito en virtud del nº 1 y no del nº 11 del artículo 80310.

Otras sentencias combinan ambas agravantes, la del nº 1 y 11 del artículo 80, en casos de femicidios íntimos en que existe evidencia de violencia ejercida previamente por el perpetrador en contra de la víctima. Así, la sentencia del 8 de agosto de 2013, del Tribunal Oral nº 1 de Corrientes[311] califica el crimen como femicidio, utilizando las agravantes del nº 1 y el nº 11 del artículo 80, en el homicidio de una mujer en que constaba tanto la relación de pareja

---

[308] Posterior a la LO 1 / 2004.

[309] Tribunal de Juicio Salta, Causa nº 4.792/13, "Ávila, Héctor Ramón s/homicidio agravado por el vínculo y por la relación con la víctima en concurso real con el delito de amenazas con arma y tenencia ilegal de arma de fuego de uso civil", rta. 30/09/2014.

[310] Es interesante, además, que en este caso la defensa había solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la ley 26.791 —lo cual es rechazado por el fallo—, en particular, por las reformas introducidas al art. 80 en sus numerales 1 y 11, por considerarlas contrarias al principio de igualdad ante la ley. Sin embargo, la disposición del nº 1, que se aplicó al caso, es una norma neutra en cuanto a género, ya que no supone un tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres.

[311] Tribunal Oral Corrientes, Causa nº 97877/13 "Sosa García Adrián Walter Edgardo p/sup. lesiones graves calificadas. Vic. Elizabeth Antonia Verón", rta. 8/08/2013.

que mantenía con el perpetrador, como la existencia de violencia previa ejercida por este en contra de la víctima. De manera similar, la sentencia del 26 de mayo de 2014 de la Cámara IV en lo Criminal de Salta[312], aplica ambas agravantes a un homicidio en grado de tentativa cometido por el ex conviviente de la víctima, quien había sido denunciado en reiteradas oportunidades por la violencia ejercida en forma sistemática contra ella y su familia.

En otros casos similares, en que también existen relaciones de pareja previas, sin embargo, únicamente se ha utilizado la agravante del nº 11 del artículo 80, obviándose la concurrencia del inciso nº 1, en particular en casos en que existe amplia evidencia de violencia ejercida previamente por el autor[313].

Cabe preguntarse, sin embargo, si —a falta de esta violencia previa— es posible sostener que homicidios cometidos por un hombre contra una mujer que sea o haya sido su pareja pueden considerarse cometidos "mediando violencia de género". La respuesta, al tener en cuenta la definición de la violencia contra las mujeres ya aludida, es afirmativa. Aunque es posible que estos casos sean agravados simplemente a través del nº 1 del artículo 80, es importante hacer visible los elementos de género que se encuentran casi "siempre" presentes en esos crímenes[314], por lo que constituyen manifestaciones de violencia contra las mujeres.

---

[312] Cámara IV, Salta, Causa nº 2337/14, "Salva, Horacio Perfecto por los delitos de homicidio en grado de tentativa, lesiones agravadas por el vínculo y amenazas con arma en concurso real", rta. 26/05/2014.

[313] Así por ejemplo, en la sentencia nº 15/2014 del 4 de julio de 2014 de la Cámara en lo Criminal de Primera Nominación de Catamarca, se aplica la agravante del nº 11 en un caso de evidente y severa violencia ejercida por el autor —ex pareja de la víctima— previa al homicidio de la mujer, acreditada dicha violencia por múltiples denuncias previas de la víctima y numerosos testimonios. En el mismo sentido, el auto de prisión preventiva de 17 de febrero de 2014, del Juzgado de Garantía nº 4 de Mar del Plata, en la causa nº 876-15, por femicidio en grado de tentativa.

[314] Alguna excepción podría darse en casos en que la muerte de la cónyuge, conviviente o novia, se cometa en el contexto de ataque a un colectivo en donde la mujer no sea el móvil, sino simplemente una víctima más, por ejemplo, si un hombre diera muerte a sus padres, suegros, cónyuge y otros familiares en un contexto de violencia dirigida, inicialmente, a sus progenitores. La realidad, sin embargo, muestra que gran parte de los ataques a familias completas (como los casos en que el autor mata a cónyuge e hijos/as y luego se suicida) constituyen una expresión de violencia contra las mujeres.

A pesar de la diversidad de criterios para aplicar una u otra agravante, estas sentencias muestran que, en los casos de homicidio, los conceptos y justificación de la penalización específica de la violencia contra las mujeres parecen haber sido acogidos y avalados por la judicatura, en particular cuando se trata de violencia en las relaciones de pareja. Sin embargo, no quiere decir que estas sentencias demuestren una comprensión profunda de este fenómeno: incluso ciertas expresiones implícitamente responsabilizan a las propias mujeres de la violencia que padecen[315], o consideran que se trata de "relaciones enfermizas"[316]. Posiblemente estos prejuicios no resulten tan relevantes en los casos de femicidio, pero sin duda lo son en los numerosos casos en que la violencia no ha sido letal.

La aplicación de la agravante del artículo 80 nº 11 a casos que excedan el de las relaciones íntimas y con violencia previa, sin embargo, es aún muy incipiente. Probablemente uno de los casos más interesantes en este sentido es el abordado en una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de 2013[317], que califica como femicidio el acto de dar muerte a una mujer menor de edad luego que el perpetrador ejerciera violencia sexual —tentativa de violación— sobre ella.

El voto de minoría de tal fallo refleja las dificultades que parte de la judicatura enfrenta al analizar —fuera del contexto de las relaciones de pareja— la violencia contra las mujeres. Así, el Juez considera que dado que el homicidio se habría producido para ocultar el crimen, y no "por el hecho de ser mujer" la víctima, o por

---

[315] Por ejemplo, la sentencia de 26 de mayo de 2014 de la Cámara IV en lo Criminal de Salta, en Expte. CAM nº 2.337/14, señala: "Tanto de los relatos de la Sra. R. y sus hijos, como de los vecinos, se evidencia claramente una situación de violencia familiar prolongada en el tiempo, que aparece refrendada por las constancias de los expedientes de violencia familiar (...) traídos ad effectum videndi et probandi, en los que constan diversas exclusiones del hogar y prohibiciones de acercamiento (...), que se fue agravando con el transcurso de los años, primordialmente por la indecisión de la referida mujer a ponerles fin, sea cual fuere la causa de ello".

[316] El auto de procesamiento de 25 de noviembre de 2014 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nº 13 de Buenos Aires, CCC 43587/2014 señala: "... no parece errado concluir que para tener por acreditado el femicidio o femenicidio (sic) debe probarse que el homicida y la damnificada, antes de la muerte, debieron haber tenido un encuentro desarrollado en el tiempo —aunque, repito, más fuera en un lapso corto— para que esa relación enfermiza pudiera haberse materializado".

[317] Sentencia CCC 29907/2013/CA5, del 20 de diciembre.

"haber mediado violencia de género". Al entender de este juzgador, la violencia de género supone una relación preexistente entre autor y víctima, en que exista dominación y subordinación por una y otra parte, elementos que —como se ha visto— no forman parte de la definición de violencia contra las mujeres.

Desde esta perspectiva, que el homicidio tenga por objetivo conseguir la impunidad del ataque sexual impediría que se considere cualquier elemento de género en él. Con este criterio, probablemente, incluso los emblemáticos casos de feminicidios en ciudad Juárez, México —en los que se puede suponer que el objetivo de los autores ha sido intentar (y lograr en muchos casos) la impunidad de los crímenes de violencia sexual perpetrados, causando la muerte a las víctimas y abandonando sus restos en sitios de difícil acceso— no podrían calificarse como tales.

La agravante prevista en el nº 4 del artículo 80, que sanciona los homicidios cometidos por "odio de género", también genera tensiones interpretativas cuando se trata de crímenes cometidos contra mujeres —lo que se denomina femicidio por misoginia en diversas legislaciones a nivel latinoamericano—. Justificando las diferencias entre las diversas disposiciones introducidas al Código Penal por esta reforma, la jurisprudencia y la doctrina argentinas se embarcan en distinciones —a menudo basadas en los debates parlamentarios—, que poco contribuyen a la comprensión de la complejidad del femicidio y la violencia contra las mujeres. Así, al entenderse que el "femicidio" está tipificado en el nº 11, se considera que —paradójicamente— los "homicidios por odio de género" cometidos contra mujeres, no serían femicidios o —dicho de otro modo— que en ellos no existe violencia de género.

Parte de este debate se relaciona con la comprensión de la palabra "género". Sostener, por ejemplo, que la expresión "odio de género" alude a las diferencias biológicas entre los sexos, mientras que "violencia de género" apunta a la construcción cultural del roles[318], confunde en relación al sentido de esta expresión. Esta distinción se basa en un error sobre el sentido de la palabra género, que a nivel teórico y normativo internacional ha sido definido como "los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de

[318] Como señala el Auto de Procesamiento de 25 de noviembre de 2014 del Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción nº 13 de Buenos Aires, CCC 43587/2014.

hombres"[319]. Es decir, no es posible hablar de "género" sin aludir a tal construcción cultural.

Con el ánimo de distinguir odio de género y violencia de género, asimismo, se ha señalado que la segunda requiere un contacto entre víctima y victimario "extendido por un lapso de tiempo de cierta consideración", para que el homicidio se cometa "en un contexto de violencia de género"[320]. Esta interpretación agrega un elemento adicional, no requerido en la definición legal de violencia contra las mujeres, que impediría la calificación como la violencia de género a los crímenes cometidos contra mujeres por desconocidos.

En definitiva, y como ocurre también en otros países, gran parte de los problemas de interpretación y aplicación de estas normas son consecuencia de una comprensión penal de la violencia contra las mujeres que tiende a "la transformación de un problema social de violencia machista en hechos puntuales", sin entender las especificidades de la violencia estructural contra las mujeres (Bodelón, 2012:353).

Sin duda, en este como en otros casos, la jurisprudencia contribuirá a dotar de contenido cada uno de los supuestos introducidos en el artículo 80 para sancionar los homicidios que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres. Sin embargo, y a pesar de las intenciones de la ley que introdujo estas figuras, sería lamentable que las diversas disposiciones que se han tipificado y que constituyen —todas ellas— femicidios, den lugar a distinciones artificiales que impidan reconocer en toda su magnitud este fenómeno y la violencia en la que se sustentan.

Bibliografía

Acale, María, (2006), *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Madrid, Reus.

---

[319] Artículo 3 c) del Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica o Convenio de Estambul (2011). En el mismo sentido, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que fue el primer instrumento internacional que definió la expresión "género", señala que esta expresión alude a ambos "sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad" (artículo 3).

[320] Juzgado Criminal Instrucción n° 13, Causa 43.587/2014, auto de procesamiento, rta. 25/11/2014.

Adolfi, Laura; Giusti, Sara; Breveglieri, Agnese; Ottaviani, Elisa; Karadole, Cristina; Venneri,Virginia y Verucci, Cinzia, (2010), *Il costo di essere dona: Indagini sul femicidio in Italia. I dati del 2010*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna, disponible en https://femicidiocasadonne.files.wordpress.com/2013/05/femminicidio_2010.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

Bodelón, Encana, (2012), *Violencia de género y la respuesta de los sistemas penales*, Buenos Aires, Ediciones Didot,

— Bonet, Margarita; Garrido, Lorena; Heim, Daniela; Igareda, Noelia y Toledo, Patsilí, (2009), "La limitada perspectiva de género en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008. Comentarios a la STC 59/2008, de 14 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal", en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (comps.), *Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Desafío(s) 7, Barcelona, Anthropos, ps. 247/262.

Campbell, Jacquelyn y Runyan, Carol, (1998), Femicide: Guest Editors Introduction. *Homicide Studies*, vol. 2 (4), ps. 347/352.

Carcedo, Ana (coord.), (2010), *No olvidamos ni aceptamos: Femicidio en Centroamérica 2000-2006*, San José de Costa Rica, CEFEMINA.

— y Sagot, Montserrat, (2000), *Femicidio en Costa Rica. 1990-1999*, San José de Costa Rica, Organización Panamericana de la Salud - Programa Mujer, Salud y Desarrollo.

Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), (2011), "Contribuciones al debate sobre la tipificación penal del feminicidio/femicidio", disponible en http://www.solidaridad.org/uploads/documentos/documentos_Documentos_sobre_Feminicidio_ecb546d5.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

—(2008), "Feminicidio. Monitoreo sobre femicidio/feminicidio en Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana", Lima, disponible en http://www.cladem.org/images/archivos/investigaciones/regionales/violencia/sistematizacion-feminicidio-2007.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), España, (2011), "Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o ex pareja en 2011", disponible en http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%C3%89STICA/INFORMES/FICHERO/20120705%20Informe%20sobre%20v%C3%ADctimas%20mortales%20de%20la%20VG%20y%20VD%20%C3%A1mbito%20pareja%202011.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

Crawford, Maria y Gartner, Rosemary, (1992), *Women killing: Intimate femicide in Ontario, 1974-1990*, Toronto – Ontario, Women We Honour Action Comitee.

Crociati, Petra; Bertotti, Sara; Farina, Laura; Granelli, Roberta; Ioriatti, Chiara; Karadole, Cristina; Marzatico, Marina; Ottaviani, Elisa; Pramstrahler, Anna; Mora Sanchez, Inma y Verucci, Cinzia. (2014). *Indagine sui femicidi in Italia realizzata sui dati della stampa nazionale e locale: Anno 2013*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna, disponible en https://femicidiocasadonne.files.wordpress.com/2013/04/ricerca-femicidi-dati_2013.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

Facio, Alda, (1992), *Cuando el género suena cambios trae. Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, San José de Costa Rica, ILANUD,

Fregoso, Rosa-Linda y Bejarano, Cynthia (Eds.), (2010), *Terrorizing Women. Feminicide in the Américas*, Durham / Londres, Duke University Press.

Giari, Sonia, (2008), *Femminicidio. Recerca sulla stampa italiana nell'anno 2007*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna, disponible en https://femicidiocasadonne.files.wordpress.com/2013/05/ricerca_femicidi_nel2009.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

Gimbernat, Enrique, (2004), Prólogo, en *Código Penal*, 10ª ed., Madrid, Tecnos.

González-Méndez, Rosaura y Santana-Hernández, Juana, (2012), *Professional opinions on Violence against Women and Femicide in Spain*, Homicide Studies 2012, 16 (I) ps. 41/59.

Halfon, Florencia y Álvarez, Lucía, (2012), Entrevista exclusiva al ministro de la Corte Suprema de Justicia Zaffaroni: "La libertad condicional no está controlada en el país", *Tiempo Argentino*. Disponible en http://tiempo.infonews.com/nota/19464/zaffaroni-la-libertad-condicional-no-esta-controlada-en-el-pais (consultado el 11 de julio de 2015).

Hosseini, Rana, (2009), "Asesinatos "por honor" en Jordania", en Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (eds.), *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropiate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization; Washington D.C., ps. 119/126.

Incháustegui, Teresa y López, María (coords.), (2011), *Feminicidio en México. Aproximación, tendencias y cambios, 1985 – 2009*, México: ONU Mujeres, Instituto Nacional de las Mujeres (México), Comisión Especial para el Seguimiento de los Feminicidios de la LXI Legislatura, Cámara de Diputados.

Instituto Centro Reina Sofía (ICRS), (2010a), *III Informe Internacional. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y Legislación*, Serie Documentos 16, disponible en http://www.fundacionluisvives.org/upload/88/18/informe.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

— (2010b), *Informe: Mujeres asesinadas por su pareja. España (2000-2009)*. Instituto Universitario para el Estudio de la Violencia / ICRS, disponible en http://www.psicologo-valencia.es/resources/Informe+feminicidios+en+espa$C3$B1a+2000-2010.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

Juliano, Dolores, (2006), *Les altres dones. La construcció de l'exclusió social. Els discursos que ens uneixen i ens separen*, Institut Català de les Dones, Barcelona.

Karadole, Cristina, (2007), *Femminicidi in Italia nel corso del 2006: indagine sulla stampa*. Casa delle donne per non subire violenza di Bologna / Università degli Studi Roma Tre, disponible en https://femicidiocasadonne.files.wordpress.com/2013/04/femminicidi-in-italia-nel-2006-karadole.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

Kumar, Virendra, (2009), "Muertes por dote (quema de la novia) en la India", en Agudelo, Irene y Largaespada, Ruth (eds.), *Fortaleciendo la comprensión del femicidio. De la investigación a la acción*, Program for Appropiate Technology in Health, InterCambios, Medical Research Council of South Africa, World Health Organization, Washington D.C., ps. 127/134.

La Casa del Encuentro (n.d.). Femicidios, disponible en http://www.lacasadelencuentro.org/femicidios.html (consultado el 11 de julio de 2015).

Lagarde, Marcela, (2005), "El feminicidio, delito contra la humanidad", en CEFRM, *Feminicidio, justicia y derecho*, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión – LIX Legislatura México, ps. 151/164.

— (2008), "Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres", en Bullen, Margaret y Diez, Carmen (coords.), *Retos teóricos y nuevas prácticas*, España, Ankulegi Antropología Elkartea, pp. 209/239.

Landau, Simha y Hattis-Rolef, Susan, (2001), "Intimate femicide in Israel: Temporal, social and motivational patterns", *European Journal of Criminal Policy and Research*, vol. 6, ps. 75/90.

Laporta, Elena, (2013), "España: Una restringida acepción de la "violencia de género" y los feminicidios", en Heinrich Böll Stiftung – Unión Europea, *Feminicidio: Un fenómeno Global. De Madrid a Santiago*, Bruselas, ps. 38/40.

Larrauri, Elena, (2009), "Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho 1 / 2009*, disponible en: http://www.indret.com/pdf/597.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

Laurenzo, Patricia, (2011), "La violencia de género en la política criminal española: Entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres", en AA.VV., *Discriminación y género. Las formas de la violencia*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, ps. 155/180.

— (2005), "La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración político-criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08, ps. 1/23, disponible enhttp://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

MacKinnon, Catharine, (2007), *Women's lives, Men's laws*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

— (2006), *Are Women Human? And other international dialogues*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

— (1995), *Hacia una teoría feminista del Estado*, Madrid, Cátedra. Originalmente publicado en 1989, *Toward a feminist theory of the State*, Cambrigde, Massachussets, Londres, Harvard University Press.

Maldonado, Alba Estela, (2009), "Feminicidio en Guatemala", en Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual, *Tipificación del feminicidio en Chile. Un debate abierto*, Santiago de Chile, Andros, ps. 27/33.

— (2005), *Feminicidio en Guatemala. Crímenes contra la Humanidad. Investigación Preliminar*, Guatemala, Bancada de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca del Congreso de la República de Guatemala.

Maqueda, María Luisa, (2007) "*¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*", *InDret 4/2007*, octubre de 2007.

Monárrez, Julia, (2009), *Trama de una injusticia. Feminicidio sexual sistémico en Ciudad Juárez*, El Colegio de la Frontera Norte, México, D. F., Miguel Ángel Porrúa

— (2006), "Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, 1993-2006", en El Colegio de la Frontera Norte y Comisión Para Prevenir y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en Ciudad Juárez, *Sistema Socioeconómico y Geo-referencial sobre la Violencia de Género en Ciudad Juárez, Chihuahua: propuestas para su prevención*, vol. II, ps. 353/398, disponible en

http://132.247.1.49/mujeres/menu_superior/Feminicidio/5_Otros_textos/9/6/vii.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

— (2000), "La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez", *Frontera Norte*, vol. 12, n° *23, enero – junio 2000*, ps. 87/117.

Observatorio Ciudadano Nacional del Feminicidio (OCNF), (2014), *Estudio de la implementación del tipo penal de feminicidio en México: Causas y consecuencias. 2012-2013*, México, disponible en http://observatoriofeminicidiomexico.org.mx/wp-content/uploads/2015/01/17-NOV-Estudio-Feminicidio-en-Mexico-Version-web-1.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

— (2011), *Una mirada al feminicidio en México 2010 – 2011*, México, disponible en http://observatoriofeminicidio.files.wordpress.com/2011/11/informe_feminicidio_2011.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

— (2010), *Una mirada al feminicidio en México 2009 – 2010*, México, disponible en http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/Informe_2009-2010.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

— (2008), *Una mirada al feminicidio en México 2007 - 2008*, México, disponible en http://alianzaintercambios.org/documentos?idtipodoc=10&iddoc=161 (consultado el 11 de julio de 2015).

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), (2014), *Global Study on Homicide 2013. Trends, contexts, data*, disponible en https://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz (ORMUSA), (2006), *El feminicidio en El Salvador. Análisis de los protocolos – registros*, San Salvador.

Prieto, Ana María, (2010), "La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales, de la Ley Integral", en Bodelón, Encarna y Heim, Daniela (coords.), *Derecho, Género, Igualdad*, vol. *2*, Grupo Antígona, de la Universidad Autónoma de Barcelona, ps. 89/104, disponible en http://antigona.uab.cat/images/publicaciones/DerechoGeneroIgaldadVOL2.pdf (consultado el 11 de julio de 2015).

Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual / Corporación La Morada, (2004), *Femicidio en Chile*, Santiago de Chile, Corporación La Morada.

Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres, (2014), *Violencia extrema hacia las mujeres en Chile (2010 – 2012)*, Santiago, Andros Impresores.

Robson, Ruthann, (2004), "Lesbianism and the Death Penalty: A "Hard Core" Case", en *Women Studies Quarterly (32:3 – 4)*: Women, Crime and Criminal Justice, ps. 181/191.

— (2000), "Crime and Criminology", en Zimmerman, Bonnie (ed.), *Lesbian Histories and Cultures: an encyclopedia*, Nueva York, Garland Publishing Inc., ps. 206/209.

— (1992), *Lesbian (Out) Law: Survival Under the Rule of Law*. Firebrands Books, Ann Arbor – Michigan, Universidad de Michigan.

Russell, Diana, (2001), "AIDS as Mass Femicide: Focus on South Africa", en *Off Our Backs*, vol. 31, nº 1 (january 2001), ps. 6/9.

— y Caputi, Jane, (1990), *'Femicide': Speaking the unspeakable. Ms.*, septiembre-octubre 1990, ps. 34/37.

— y Harmes, Roberta (eds.), (2006), *Feminicidio: una perspectiva global*, México, UNAM. Originalmente publicado en 2001, *Femicide in Global Perspective*, Serie Athene, vol. 57, Nueva York, Teachers College Press.

— y Radford, Jill (eds.), (2006), *Feminicidio. La política del asesinato de las mujeres*, México, UNAM. Originalmente publicado en 1992: *Femicide: the politics of women killing*, Nueva York, Twayne eds.

Ruiz, Alfonso, (2006), "La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva", en *Jueces para la Democracia*, nº 55, ps. 35/47, España.

Sáinz, José, (1975), "La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español", en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídico*, nº 4, España, ps. 205/236

Segato, Rita, (2011), "Femi-geno-cidio como crimen en fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho", en Fregoso, Rosa-Linda, Bejarano, Cynthia y Lagarde, Marcela (eds.), *Feminicidio en América Latina*, México, UNAM – Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, ps. 249/277.

— (2006), *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*, Serie Antropología, Brasilia.

Spinelli, Barbara, (2008), *Femminicidio. Dalla denuncia sociale al riconoscimento giuridico internazionale*, Milán, FrancoAngeli.

Stout, Karen, (2006), "Feminicidio íntimo: un panorama demográfico nacional", en Russell, Diana y Harmes, Roberta (eds.), *Feminicidio: una perspectiva global*, México, UNAM, ps. 119/133. Originalmente publicado en 1991, Intimate femicide: a national demografic overview. *Journal of Interpersonal Violence*. vol 6, nº 4, diciembre 1991, ps. 476/485.

Streib, Victor, (1995), "Death Penalty for Lesbians", en *The National Journal of Sexual Orientation Law*, vol. 1, ps. 105/127.

Toledo Patsili, (2014), *Femicidio / feminicidio*. Buenos Aires, Ediciones Didot.

— (2013), Límites y dificultades en la implementación de las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos sobre la tipificación del feminicidio en México: primeras leyes y sentencias, en Alejandro Anaya Muñoz y Alán García Campos (compiladores), *Recomendaciones Internacionales a México en materia de derechos humanos. Contrastes con la situación en el país*, Ciudad de México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ps. 55/78.

— (2011), *The drug-war femicides* / Femicidios de la guerra contra las drogas, *The Project Syndicate*, 9 de agosto de 2011, disponible en http://www.project-syndicate.org/commentary/the-drug-war-femicides (consultado el 11 de julio de 2015).

United Nations Division for the Advancement of Women / United Nations Economic Commission for Africa, (2009), *Good practices in legislation on "harmful practices" against women*, Report of the expert group meeting. Addis Ababa, Ethiopia, 26 to 29 May 2009, disponible en http://www.un.org/womenwatch/daw/egm/vaw_legislation_2009/Report%20EGM%20harmful%20practices.pdf (Consultado el 11 de julio de 2015).

CAPÍTULO 9

Mecanismos de simplificación alternativos al juicio y género en el proceso penal: redefinir la discusión desde la política criminal

Ileana Arduino[321]

1. Introducción

El debate generado en torno a los mecanismos alternativos al juicio en casos penales donde se investigan hechos que califican como supuestos de violencia de género explicita una tensión a partir de la concurrencia de dos perspectivas de derechos humanos: la construida en torno al sistema de garantías del proceso penal y la que se ha desarrollado con el objetivo de visibilizar, prevenir y erradicar la violencia en razón del género. En ese punto es un desafío concreto pensar cómo desarrollar herramientas para compatibilizar esas perspectivas, ya que ambas expresan características esenciales del Estado democrático de derecho con eje en la dignidad de las personas.

En ese sentido, resulta necesario expandir el debate más allá del horizonte dogmático-normativo para evitar posicionamientos rígidos, tanto procesales que ontologizan, con aparente neutralidad, el discurso garantista ignorando que se trata de una construcción historizada, como a aquellas reivindicaciones punitivas que desde el discurso de género, incluso bien intencionadamente, se proponen

[321] Abogada con orientación en derecho Penal (UBA).

sin medir los sesgos o manipulaciones autoritarias a que puedan conducir.

Se trata más bien de rescatar ideas y pensar herramientas más amplias para encontrar la mejor manera de construir entre ambas perspectivas[322], una interacción que rompa el cerco de impunidad que el sistema penal construyó tras siglos de invisibilización de las cuestiones de género, sin caer en la obviedad del punitivismo demagógico u ofrecer otras impunidades como moneda de cambio[323].

A pesar del desarrollo específico que ha alcanzado el abolicionismo cuando se le suma una perspectiva feminista (Pitch, 2004), vale aclarar que el presente trabajo no ahondará por esta vía orientada a impugnar, con sobradas razones, la utilización de dispositivos punitivos para la solución de cualquier conflicto. Ese camino significaría abandonar la reflexión que acabo de proponer, aunque sin dudas, es más cómodo no solo en relación con los casos de género, sino respecto del sistema penal en su conjunto.

2. Un debate encallado: Góngora o el día que la Corte aportó confusión

El debate al que me refiero más arriba no nació con el fallo Góngora[324], pero en alguna medida se avivó con aquel caso pues dicho pronunciamiento obturó en gran medida los términos de la discusión (Lopardo, 2015:55/80). No quisiera que se confunda esto con restar importancia a la solidez de los debates procesales o

[322] El punto excede el objeto de este trabajo. Alcanza con señalar que la contemplación de la perspectiva de género no es una opción política, es una obligación que se deriva de la vigencia de la garantía de no discriminación y del deber de adoptar medidas que como deberes básicos contempla todo el sistema internacional de protección de derechos humanos. Luego los instrumentos específicos, como CEDAW y Belém Do Pará, ratifican, refuerzan y especifican esas obligaciones (Arduino y Sánchez, 2009).

[323] Se trata de no caer en lo que Zaffaroni ha llamado el "máximo de burla" del poder punitivo respecto de los discursos antidiscriminación que "se alcanza cuando el instrumento discriminante argumenta que su incapacidad antidiscriminatoria proviene de que no es suficientemente fuerte" (Zaffaroni, 2009).

[324] CSJN, "Góngora Gabriel Arnaldo s/causa n°14902", rta. 23/04/2013.

doctrinarios, pero incluso los mejores análisis pierden utilidad cuando están completamente desconectados de la dimensión real de los fenómenos sociales de los que se supone están hablando.

Por lo demás, también ha sido recurrentemente señalado: es un fallo —en lo que respecta al voto de la mayoría— completamente olvidable en cuanto a su factura jurídica que, lejos de ofrecer criterios y orientar, produjo preocupantes consecuencias. Tiene en términos estructurales un déficit que se deriva de lo que acertadamente se ha llamado la "tesis de la contradicción insalvable" que resulta falsa y que supone precisamente eludir la tarea interpretativa más exquisita que le es exigida a un órgano jurisdiccional, a saber, resolver ecuánimemente (Lopardo, Rovatti y otros, 2013:191).

Entre otras cuestiones se puede señalar: 1) las derivadas de haber omitido un análisis serio respecto de qué entendería la CSJN como "violencia de género"; 2) las que afectan al instituto mismo de la suspensión por omitir sus propios pronunciamientos anteriores[325]; 3) la inconsistente asociación entre eficacia en la respuesta y juicio oral y público, a contramano del desarrollo en materia de diversificación de salidas y de resolución de conflictos, ignorando incluso lo que la propia Comisión Interamericana ha planteado sobre los alcances de la expresión tutela efectiva cuando concurren especiales deberes de garantía (art. 7, de la Convención de Belem do Pará); 4) la completa desatención a precisar, sobre todo en un sistema de control de constitucionalidad difuso, las particularidades de los casos que evitarían un uso distorsionado; y por último, 5) como si no fuera posible resolver de peor modo la tensión entre garantías y género, entre derechos del imputado y la víctima, la mayoría de la Corte dejó sin fundamentos una cuestión central en estos casos: el rol de la víctima y su consentimiento.

La labilidad técnica, la improvisación demagógica y la persistencia en imponer moralidades al punto de negar a la víctima un rol más sustancial respecto del conflicto, son solo algunos de los instrumentos desplegados en esta decisión. A través del voto de la mayoría, la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó una interpretación maniquea de las normas en juego que conduce al peor de los escenarios porque permite hacer de cuenta que los sistemas procesales penales —muy sofisticados en la cultura del "como sí"—

[325] CSJN, "Acosta, Alejandro E. s/infracción art. 14, 1° párrafo, ley 23.737", rta. 23/04/2008.

están ocupándose de estos casos con criterio privilegiado cuando en la práctica los resultados pueden ser exactamente los contrarios, incluido el desaliento a investigaciones eficaces, todo bajo la invocación genérica del precedente "Góngora".

El voto en disidencia del Dr. Zaffaroni resulta interesante porque sí toma una decisión desde el punto de vista procesal que plantea menos incompatibilidades con el sistema de garantías. En efecto, ese voto se hace cargo de reconocer a la posición fundada del Ministerio Público un rol clave y también en términos político criminales ofrece una llave más concreta para pensar la relación entre respuestas procesales y casos de violencia de género, ya no solo desde el monocorde tono de la lectura procesal, sino en clave político-criminal.

En este punto, solo me interesa volver sobre el fallo para identificar los déficits de un debate que renuncia a anclarse en una perspectiva político-criminal más amplia cuando se trata de pensar la intervención estatal punitiva frente a la conflictividad social catalogada como delictiva.

3. ¿Qué tipo de conflictividad está involucrada cuando discutimos género, proceso penal y salidas alternativas?

Más allá del evidente impacto de la condición de género en la victimización referida a delitos sexuales y la previsión de una modalidad delictiva específica a partir de la incorporación de la figura de femicidio en el Código Penal, la inmensa mayoría de los casos en los que es posible discutir salidas simplificadas distintas al juicio, se construyen en torno a tipos penales que deben contextualizarse como expresiones de violencia de género

Atender el contexto conlleva exigencias específicas para quien debe construir la base fáctica de la acusación y demandar otras habilidades —atenciones, diría— a quienes deciden los conflictos. En nuestro ámbito resultan insoslayables las definiciones —ambiciosas por cierto— de la ley 26.485 en lo que respecta a tipos y modalidades de violencias contra las mujeres, junto con las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos, en particular las que contiene la Convención de Belém do Pará en sus artículos 1 y 2 así como las interpretaciones y precisiones conceptuales que

han tenido desarrollo en el ámbito del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Clérico y Novelli, 2014:15/70).

Lo cierto es que la demanda de intervención eficaz —que no equivale a condena— no es en sí misma ampliación del aparato punitivo, pues se trata de modalidades delictivas ya previstas, ante las cuales el sistema jurídico penal actúa históricamente, invisibilizando las implicancias de género, asegurando así impunidad selectiva.

Se trata de la investigación de delitos que no fueron tipificados a fuerza de demandas feministas sino que, ya estando contemplados como conductas penalmente relevantes, han sido desatendidas en forma sistemática, precisamente por la cuestión de género que involucran, cooperando desde el sistema de justicia con el carácter estructural de la violencia de género. En este punto, la demanda de intervención diligente del sistema judicial y cese de la impunidad estructural debe ser escuchada como una cosa bien distinta de la voracidad punitiva.

Por ejemplo, nadie podría sostener que las demandas de procesamiento adecuado por parte del sistema penal de prácticas como los vejámenes o severidades derivadas de abusos policiales altamente invisibilizadas debieran evitarse *so pretexto* de estar expandiendo el aparato punitivo.

No veo por qué la demanda de cese de impunidad penal selectiva para los casos de violencia de género debiera correr una suerte distinta. En ambos casos la desatención estructural no ha tenido que ver con un legítimo ajuste político criminal que acota la criminalización impropia para un Estado de derecho, sino que constituyen expresiones de impunidad garantizadas por el aparato judicial, sustentadas en el patriarcalismo imperante para unos casos, en el clasismo o el racismo en otros.

En este punto, creo que también la noción de impunidad selectiva nos ayudará a revisar, frente a la dinámica concreta de los conflictos y no en abstracto, aquellas posiciones que se construyen asumiendo a los imputados desde su condición de vulnerabilidad, la cual es típica de la selectividad criminalizante que históricamente no ha ocurrido en estos casos[326].

---

[326] De hecho el análisis que incluye la selectividad victimizante dice explícitamente respecto de la cuestión que aquí nos ocupa "La vulnerabilidad a la victimización no es sólo clasista, sino también de género. [A] Las mujeres el reparto de la selec-

Si defendemos como función limitadora legitimante de la intervención judicial penal la racionalización y control de lo que la agencia policial discrecionalmente escoge como sujetos para la persecución, asumiendo que es a causa de su vulnerabilidad, es tiempo de que tomemos nota de los matices que presentan otros casos, entre ellos los de género, en los que la intervención estatal es más bien reacia, se vincula negativamente y ostenta una dinámica histórica de desatención e impunidad de los intereses de la víctima, aun cuando hay derechos y garantías que también deben ser tutelados frente al abuso y la violencia[327]. Se trata de construir en estos casos un ejercicio de jurisdicción que se ocupe de las complejidades en juego.

Como síntesis y al mismo tiempo como adelanto de la importancia de la visión político-criminal acuerdo:

"Siempre que el caso permita economizar, reducir los niveles de violencia se debe hacerlo (...) el ahorro de violencia nunca es un mal para la sociedad salvo cuando ese ahorro encubra en realidad una forma de abuso de poder (impunidad estructural, privilegio para los poderosos) que en sí mismo configura una forma de violencia. Pero de este argumento no se debe extraer la conclusión de que existe una necesidad absoluta de violencia (...) Un caso puede transmutarse de tal manera que lo que antes fue ultima ratio ahora deje de serlo por la aplicación de otra forma de intervención en el conflicto" (Binder, 2014:241).

4. Ampliar la discusión: la cuestión en clave político criminal

Las cuestiones señaladas hasta aquí permiten afirmar que el debate entre sistema penal y perspectiva de género, que tiene en

---

ción criminalizante las beneficia, pero el de la selección victimizante las perjudica" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002:17).

[327] Aunque no comparto las consideraciones sobre el criterio de Góngora como una consecuencia legítima de la ratificación de la Convención de Belem do Pará mediante la ley 24.362, es interesante el análisis sobre el concepto de vulnerabilidad en relación con imputados y víctimas en el trámite de casos de violencia de género que efectúa Soledad Deza (2013).

las salidas alternativas apenas un emergente, no va a encontrar respuestas a la altura de las complejidades en juego si se mantiene el universo maniqueo de salidas sí o no; lo mismo ocurriría si el debate fuera con la mira limitada a tal o cual instituto procesal.

Ya desde el inicio, y esto cabe para cualquier tipo de conflictividad social relevante en términos penales, la alternativa al juicio oral no puede construirse en abstracto como una buena o mala decisión. Es más, debemos sospechar de la exclusión genérica de un cierto universo de delitos frente a respuestas alternativas al juicio y la eventual aplicación de pena porque niega categóricamente el principio de *ultima ratio* y es, por lo tanto, una decisión político criminal impropia en un Estado de derecho. También desde la perspectiva del principio de economía de la violencia.

Una discusión informada y con capacidad de generar propuesta debe ser más amplia y atender a distintas cuestiones, lejos de la definición a partir de la lógica del caso, porque en definitiva se trata de decisiones políticas que se administran a través de procesos penales.

Por lo cual, las primeras preguntas más útiles serán las que provengan de una visión más amplia, político criminal a partir de la cual se debería definir con qué herramientas propias del proceso penal, entre las cuales está la acusación penal en juicio oral, podría atenderse una cierta forma de conflictividad, por caso, la que nos ocupa aquí.

Al respecto ha señalado Alberto Binder:

"Por un déficit de producción teórica (falta de análisis político criminal) todavía se pretende hacer política criminal (...) desde el derecho penal (...) Según esta visión nos encontramos junto a un grupo de casos que merecen una respuesta. Estos casos están previstos en la legislación penal y le corresponde a la justicia penal reconocer la existencia del caso y aplicación de la correspondiente también prevista en la ley penal (...) se olvida así, todo el proceso que lleva a tomar la decisión de que una determinada área de conflictos reclame la intervención violenta (ya sea reactiva o disuasiva) y restringe el debate a las áreas ya definidas donde se discutirá el aumento o la disminución de la intensidad en la respuesta penal ..."(Binder, 2009:33).

Es tiempo de invertir los términos de la discusión y de las decisiones. La construcción de acusaciones penales ya no puede seguir asentada en el perimido modelo de la gestión caso por caso, donde no hay continuidades institucionales distintas a las que impone la

dinámica burocrática del conflicto, esto es, el trámite formal del expediente. Esto implica que la construcción de los casos, su base fáctica, debe responder al caso concreto, no sobregirarse en demagogias ni dogmatismos, pero tampoco desentenderse del contexto institucional y social en el que una cierta forma de impunidad está siendo visibilizada.

Con auxilio de Binder y su desarrollo de la "Teoría de la Pretensión Penal" podemos comprender mejor esta relación:

"el concepto de pretensión penal cumple una función que nos permite conectar el caso con el plan político criminal a través de las potestades conferidas por el régimen de la acción (...) le debemos pedir a la teoría de la punitiva que esclarezca los procesos de selección, es decir, que nos dé razones y argumentos para sustentar públicamente las ponderaciones de bienes que se encuentran en todo mecanismo de selección de casos (...) para acompañar, racionalizar y volver públicos esos procesos de ponderación. En ese sentido, lo primero es que exista capacidad de clarificar los intereses en juego (...) se puede (incluso) establecer el principio de que el interés general prevalece sobre el interés particular, pero para ello se debe agotar primero la posibilidad de conjugar ambos intereses (...) este proceso de selección no se realiza en el vacío sino en un proceso social donde existe un haz completo de intereses en juego" (Binder, 2014:558/559).

Todos los avances que se puedan obtener en términos de reconocimiento de derechos y protecciones para los involucrados a partir de poner en el centro el conflicto y abandonar las nociones puramente infraccionales del derecho se ven menguados si las estrategias de abordaje no se inscriben en marcos político-criminales que las vuelvan más inteligibles.

Ese sería un escenario mucho más auspicioso para construir legitimidad a las salidas diversificadas que, ligadas a objetivos políticos sustanciales y tomadas en serio en lo que respecta al control y aplicación, podrían dejar de ser vistas solo bajo las nociones eficientistas de descongestionamiento de los tribunales y de indicadores estadísticos, para pasar a ser reconocidas como respuestas de calidad frente a ciertas formas de conflictividad.

Pero esa legitimidad debe ser construida. Los pocos estudios comparados existentes a nivel regional demuestran que en la aplicación de estos mecanismos simplificados en el proceso penal

existe una marcada sobrerrepresentación de casos de violencia de género[328]. Esto sugiere que las dinámicas en la investigación no se modifican y los casos son reconducidos a otro tipo de medidas distintas al juicio, no tanto como una intervención cualificada que sustente una política criminal con perspectiva de género, sino como una persistencia de la relación de menosprecio hacia estos casos que señalamos al inicio del trabajo.

En este punto, se ha dicho:

"En razón de los tipos penales eventualmente aplicables, varias situaciones de violencia de género podrían ser resueltas a través de estos institutos. Sin embargo, su utilización en forma desproporcionada importará la misma vulneración a la garantía contra no discriminación denunciada (...) Si los casos de violencia de género están sobrerrepresentados en las estadísticas sobre mecanismos que permitan sortear el cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, éstos desvirtuarán el capital simbólico del derecho penal. En ese sentido, si un determinado colectivo está expuesto a un riesgo especial de sufrir violencia, resultaría legítimo impedir que se apliquen medidas alternativas al encierro, de la misma manera que también es legítimo pedir penas diferenciadas" (Di Corleto, 2013)[329].

La respuesta a este fenómeno de automatización de las salidas alternativas como expresión de prácticas de discriminación estructural no puede llegar al extremo de negar su aplicación en todos los casos,

---

[328] Esa sobrerrepresentación fue acreditada en el primer estudio sobre la reforma judicial en Chile (Faith, Simón y Casas, Lidia, 2004). Entre las investigaciones más actuales y recomendables por su completitud se destaca la realizada por Jiménez Allendes y Medina Gonzales, 2011.

[329] El planteo es interesante y excede el objeto de este trabajo. Más allá de la profundidad de debate que exigiría la suposición de las funciones simbólicas del derecho penal, habilita otras preguntas que merecen una discusión más profunda. Aquí me limito a compartirlas: 1. ¿es compatible esta propuesta de revisión de criterios si la estadística arroja sesgo de género con las conceptualizaciones de las salidas alternativas como derecho del imputado? 2. ¿Cuál sería la forma, no ligada exclusivamente al control estadístico, de demostrar que esa selectividad es discriminatoria y por lo tanto, reconducir el caso hacia su tramitación procesal ordinaria? 3. ¿La acción correctiva sería autorizar como criterio político-criminal por ejemplo, instrucciones generales en el sentido de no impulsar salidas alternativas para estos casos?

sobre todo si nos enrolamos en concepciones que insisten en devolver centralidad al conflicto humanizado de los procesos penales.

Por otro lado, hay que desconfiar de estas soluciones porque un riesgo cierto —los estudios empíricos darán elementos para corroborarlo— es que la promoción de trámites procesales ordinarios apoyados en la mera invocación de la doctrina que prohíbe la aplicación de métodos alternativos en casos de violencia de género termine por avalar investigaciones débiles que llegan hasta la etapa de juicio por imperio jurisprudencial pero que no superen el estándar de un juicio oral. Más concretamente, entre nosotros preguntarnos por la suerte final de cada caso que se envió en automático a juicio invocando "Góngora" resulta un ejercicio fundamental, ya sea por cualquiera de los dos efectos repudiables: un envío burocrático ineficaz desde el interés de las víctimas a ser reestablecidas en su dignidad330 o la condena sin más sustento que el señalamiento demagógico de los acusados.

Lo central entonces no es pensar en forma abstracta sobre salidas alternativas sí o no, sino asumir la complejidad de conectar: 1) la política criminal que identifica la violencia de género como un problema social relevante y guía institucionalmente la intervención; 2) las dispositivos procesales y dogmáticos disponibles así como los roles de los afectados y el protagonismo que les reconozcamos y 3) las posibilidades fácticas y probatorias concretas.

Antes de continuar, es necesario fijar una última precisión, consistente en no emparentar salidas alternativas al proceso que son muy diferentes, como ocurre entre la suspensión del proceso a prueba y la mediación.

Ello porque la asimetría de poder es un elemento constitutivo en los casos de violencia de género y cuando propiciamos repensar la problemática desde una perspectiva político criminal integral en conexión con los casos concretos, la *probation* provee herramientas de control que permiten articular mejor los intereses en juego y no implica en absoluto presumir una relación de igualdad para la negociación que en casos como los que aquí nos ocupan, de mínima, está en entredicho.

---

330 Mario Juliano y Fernando Ávila afirman que la víctima o la sociedad no tienen derecho absoluto al castigo, sino "al restablecimiento de su dignidad y una respuesta estatal que ponga fin a las consecuencias del delito. El derecho debe orientarse a hacerlo, causando el menor daño posible al autor" (Juliano y Ávila, 2015:44).

Por otro lado, la *probation* repensada en las condiciones que venimos planteando aquí, también podría permitir un amplio reconocimiento del rol de las víctimas sin que el Estado renuncie a las funciones de control que le son exigibles, mientras que en la mediación toda la función de control recae sobre una víctima a la que en alguna medida reconocemos entidad como tal y a sabiendas de la asimetría específica en que se encuentra, le encomendamos incluso vigilar el acuerdo.

Desde el punto de vista del derecho internacional los mecanismos de mediación han sido cuestionados en los siguientes términos:

"ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar. Es de reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos. Un gran número de expertas y organismos internacionales han identificado los peligros del uso de la conciliación como método para resolver casos de violencia, sobre todo la violencia doméstica. Han manifestado que al hacer este delito conciliable, el delito se vuelve sujeto de negociación y transacción entre la víctima y el victimario. La conciliación asume que las partes involucradas se encuentran en igualdad de condiciones de negociación, lo cual generalmente no es el caso en el ámbito de la violencia intrafamiliar. En varios países ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad en las relaciones de poder entre la víctima y el agresor. Los acuerdos generalmente no son cumplidos por el agresor y éstos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí" (CIDH, 2007: apartado 161).

Por ello, acuerdo con que en el debate, la suspensión del proceso a prueba debe prohijarse con el mismo énfasis con que la diferenciamos de la mediación porque

"...la suspensión del proceso penal a prueba no implica impunidad. El sujeto está sometido a condiciones durante un tiempo variable, entre ellas la de no cometer delitos, que de no ser respetadas derivan inexorablemente en el juicio oral y público. Este instituto no puede asemejarse a otras medidas

alternativas de menos intensidad aflictiva (reparación, conciliación) ya que la duración del plazo de suspensión, las condiciones que se imponen necesariamente y a criterio del juez, el control estatal del cumplimiento de las condiciones y las consecuencias de su incumplimiento lo ubican en un plano más próximo a la pena que al perdón" (Juliano y Ávila, 2015:42).

5. La conflictividad social asociada a la violencia de género y su configuración como caso penal

Contemplar la perspectiva de género plantea desafíos concretos al derecho procesal penal, a la doctrina pero también a su aplicación práctica, sobre todo cuando se trata de hechos que encuadran en figuras penales que no contemplan especiales elementos subjetivos, agravantes o especialidad alguna en razón del género.

Esto implica dos cosas; por un lado, la decisión político-institucional de visibilizar esa dimensión y, por el otro, consagrar esa decisión en imputaciones que puedan hacerse cargo sin violentar las exigencias derivadas de principios como el de legalidad en sentido estricto, la garantía de defensa y el debido proceso en un sentido más amplio.

No se puede consentir que la demagogia punitiva basada en el género abandone la exigencia de ajustar las circunstancias fácticas en el ámbito penal —donde la precisión es una garantía en sí misma como exigencia del mandato de certeza y de cuya tutela depende además la protección de otras más—, conformándose con invocaciones genéricas o principistas para flexibilizar el sistema de garantías.

Hay que poder presentar los hechos con la relevancia que tengan concretamente desde el punto de vista de género sin considerar que la debida atención a otras herramientas normativas constituya en sí misma una renuncia a la legalidad y la certeza. En este punto, hay desafíos concretos en materia probatoria porque no alcanza con invocar la ya reconocida amplitud probatoria para perder toda la función de garantía que la prueba cumple.

En todo caso, lo que esto pone en evidencia son carencias conceptuales y por lo tanto un desafío para los sistemas procesales penales que ya no pueden seguir diseñándose como procedimientos estandarizados, como activos fijos inmutables frente a una diversidad reconocible de conflictos.

En este punto se ha afirmado con claridad que un problema en el adecuado tratamiento de los casos de violencia de género es "la carencia de protocolos que describan la complejidad probatoria de estos casos así como el detalle de las pruebas mínimas que es preciso recopilar para proporcionar una fundamentación probatoria adecuada" (CIDH, 2007).

Hay que poder comprender la amplitud probatoria como un principio que obliga a considerar las particulares circunstancias en que ciertos hechos ocurren y sus potencialidades en sistemas de libertad probatoria, pero no se puede reemplazar la exigencia probatoria con su sola invocación. Aquí es notable la carencia de desarrollo de estándares e indicadores que le den a la teoría de la prueba el dinamismo que entre nosotros nunca ha tenido. Al respecto, se ha sostenido que "para que una conducta violenta que tenga por sujeto pasivo a una mujer encuadre en la categoría conceptual (de la definición de violencia establecida en el artículo 4 de la ley nº 26.485) la ley exige (...) que se verifique, en cada caso que el hecho haya estado "basado en una relación desigual de poder" (Lopardo y Rovatti, 2013:76). Hay ahí un elemento concreto del contexto de violencia que debe transitar el camino del reconocimiento normativo y doctrinario para aterrizar bajo la forma de circunstancias fácticas concretas cuando se trata de conflictos concretos sometidos al proceso penal.

Asumir el carácter estructural e histórico de la subordinación en razón de género y la correlativa desatención a las víctimas de tales hechos debería ser una premisa para la discusión también en el plano de las propuestas institucionales, sin insistir en las explicaciones causales ya conocidas, sino para pensar hacia el futuro como mejorar la intervención.

En todo caso, no se trata de estimular la tolerancia frente a la liviandad probatoria o las imprecisiones en las imputaciones pero tampoco de continuar como si nada con el ejercicio jurisdiccional, que insiste en la invocación descontextualizada del sistema de garantías, sin considerar las obligaciones que también al interior del sistema penal pesan en razón de la perspectiva de género. Recientemente, un fallo del Juez de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de Mar del Plata lo ha establecido con total claridad al momento de evaluar un hecho calificado como tentativa de femicidio, y bien vale la pena reiterar la cita en extenso:

"En todo caso, lo que registra el proceso penal es una foto estática de un vínculo dinámico sostenido en el tiempo, una

historia de violencia machista que el sistema penal sólo delimita en un tiempo y espacio, a través de una acción concreta que enmarca el objeto procesal. Ahora bien, delimitar ese objeto procesal a lo ocurrido en la noche del 7 al 8 de enero puede implicar que el Estado ignore esa historia de violencia previa relatada por la víctima, así como sus dificultades para denunciar aquellos episodios, generándose la obligación para el sistema de justicia penal de actuar con la debida diligencia en la investigación de lo denunciado y en la protección de la víctima" (Resolución dictada por el Dr. Juan Tapia, en el caso "Pirotti", Mar del Plata, 17 de febrero de 2015).

Tenemos que sincerar el debate y tomar muy en serio la interpelación que este fallo plantea. Sigue siendo extremadamente frecuente entre nosotros el encuadre de los casos de violencia de género, como supuestos de insignificancia y ausencia de interés público, aun cuando no sea pronunciado con franqueza. Y ausencia de interés e insignificancia no pueden ser elevados a categorías dogmáticas que no tienen referencia política sobre el modo en que utiliza el poder punitivo. Mucho menos se puede pretender neutralidad valorativa al insistir que son conflictos que se encasillan como menores o de insignificancia sin que eso tenga correlato en el resto de los ámbitos sociales[331].

Así ocurre, por ejemplo, cuando se aplican acríticamente criterios jurisprudenciales construidos al calor de otros conflictos para casos de amenazas en donde la asimetría de género es precisamente lo que obliga a marcar la diferencia, pudiendo ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal una amenaza así entre dos personas con una relación de cierta simetría y en absoluto irrelevante cuando eso se incluye en contextos de abuso de poder[332].

---

[331] Por ejemplo, ese doble estándar se intenta cuando se afirma "la defensa recibió críticas severas en virtud de haber calificado como 'bagatela', a lo que se unió la imputación de una supuesta banalización de la cuestión, ofensiva para la perspectiva de género (...) calificar un hecho como 'bagatela' indica, en el saber penal, la referencia a una escasa afectación del bien jurídico" (Devoto, 2015:29). Esa forma de argumentar es problemática porque pretende que un cierto sentido dogmático de las expresiones utilizadas se desvincule del sentido social que ellas pueden tener. Ese parece haber sido más bien un camino de desencuentro entre los discursos, las prácticas judiciales y sus supuestos destinatarios.

[332] La contracara de este uso descontextualizado de una jurisprudencia sobre amenazas podría considerarse la falta de revisión de la jurisprudencia cuando persiste

Cubrirse en la legitimación social de ciertas formas de violencia, omitiendo toda consideración de esa asimetría para insistir aun sin decirlo en la concepción de que ciertos casos carecen de relevancia pública, supone retroceder ampliamente en la eliminación de la frontera entre lo público y lo privado, como legitimante de las prácticas violentas ocurridas en el marco de relaciones interpersonales o íntimas, cualquiera sea el espacio en el que ocurran333.

En la medida en que la formulación misma de los casos se inscribe con claridad en los objetivos de visibilizar los términos del conflicto en razón del género y se asigna a esa cuestión la debida relevancia, sin falsas neutralidades pero también sin encasillamientos apresurados y dogmáticos, se estará en mejores condiciones de calibrar qué conflictos necesitan qué respuestas.

Incluso en algunos casos, será este ejercicio el que indique que la salida aplicable es la única posible no porque el caso no ameritara otra, sino stencillamente porque en esa coexistencia de intereses y derechos por tutelar, las opciones pueden verse reducidas a lo posible, no a lo deseable por las personas afectadas.

Así es válido sostener:

"si bien es cierto que el cambio en los patrones culturales no se logrará a través del derecho penal, es igual de cierto que las obligaciones del Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres no se terminan en la denegación del beneficio de la probation y consiguiente acceso a la etapa oral en un proceso penal. Eso no hace menos válido el reclamo que exige que la perspectiva de género sea tenida

---

en desconocer que la condición de género también pesa frente a nociones como la legítima defensa. Esos dos criterios pueden coexistir como expresiones de una misma racionalidad misógina: invisibilización que asegura impunidad al agresor cuando las mujeres llegan como víctimas, invisibilización de las consideraciones de género que impactan directamente en las posibilidades de defensa cuando la mujer llega a los estrados como victimaria (sobre esto último puede verse Larrauri, 2002:6/8).

333 Sin irnos al medioevo, se afirmó: "No creo que se trate de una relación lineal víctima-victimario, sino de una relación mucho más compleja. Tampoco tiene sentido sacar transitoriamente al marido del hogar, con lo cual además, se lo estigmatiza. Estamos trasladando un conflicto personal, lleno de lazos y sentimientos, al marco estigmatizante del crimen. Estamos convirtiendo la conducta de alguien que le pegó a su mujer —que es algo feo, agresivo y desagradable— en una conducta criminal" (Virgolini, 2005:254).

en cuenta por los operadores jurídicos (...) Esto no equivale a decir que debe denegarse la probation en todos los casos, sino que cuando están en juego derechos de las mujeres es exigible una mayor deliberación práctica, que tenga en cuenta las especificidades señaladas" (ELA, 2013:14).

¿Más deliberación práctica? Esto nos lleva a la necesidad de repensar el alcance con el que se piensa el rol de las víctimas dentro de los procesos penales en que se investigan hechos de estas características porque, aunque podamos compartir que la intervención de las víctimas en el proceso penal está irremediablemente condicionada por la expropiación del conflicto como piedra angular del monopolio punitivo estatal, también podemos recuperar la dimensión política del proceso e insistir con la reconfiguración de las disputas y modos de relación que en este momento histórico determinado el campo judicial ofrece.

6. Repensar el rol de las víctimas y la diversificación de respuestas en el proceso penal

Cuando "la" víctima es invocada en estos debates, asistimos y propiciamos con mucha más frecuencia de lo que quisiéramos relatos monocordes que se mueven entre extremos antagónicos. De un lado, la exaltación del prototipo de la víctima vengativa, en cuyas manos no es posible dejar la suerte del imputado[334]; del otro, se reivindican ejercicios de autonomía, la "víctima Hércules" que supone que a pesar de contextos históricos de violencia que han atravesado, de un momento al otro se empoderan, justo en el proceso penal.

En este último extremo, además, esa autonomía pierde reconocimiento cuando se traduce en que la víctima no quiere salidas alternativas lo que esmerila un poco la honestidad de la posición, porque, para ser del todo coherente, la postura debería propiciar el señorío de la autonomía cualquiera sea el sentido en que se ejerza,

[334] Es inevitable señalar esa configuración con la histórica versión misógina de la mujer mala, insidiosa, vengativa que hace de la mentira su instrumento predilecto, desde el malleus maleficarum en adelante, hasta nuestros días, con matices y elegancia claro, pero que encuentra incluso expresiones dogmáticas consagradas normativamente, como ocurre con el consentimiento.

siempre que hablemos de expresiones que no anulen derechos[335]. Sin embargo, no se trata de ubicarse en uno u otro extremo ni de proyectar las particularidades de algunos ciertos casos o actores a toda la regularidad de los procesos. Hace tiempo Tamar Pitch ha advertido:

"autodeterminación y protección son demandas que frecuentemente se promueven juntas: ellas traducen necesidades reales de los grupos demandantes, pero cuando estas necesidades son delegadas a una extensión de la protección penal deviene más difícil transitar de una a la otra. Cuando la demanda ha sido traducida en términos penales, el rol activo de los actores promotores permanece inscripto sólo en el reconocimiento de sus demandas como dignas de protección penal. Los actores específicos desaparecen en el interior de la categoría, mucho más amplia, de víctimas. Desde un punto de vista político, esto deja espacio para la legitimación de demandas que articulan más la exigencia de protección que la de autodeterminación" (Pitch, 2003:138).

Esta conclusión es interesante por dos razones. En primer lugar, indica que el reconocimiento de las víctimas puede ser cosificante; en segundo, marca la necesidad de repensar el modo de relación de los sistemas judiciales con las víctimas de delitos que van desde la negación a la utilización. Una adecuada incorporación de la perspectiva de género permitiría repensar y dinamizar la categoría de víctima, estableciendo un modo de intervención específico cuando se trate de hechos de este tipo.

El carácter íntimo del vínculo en muchas de las formas de violencia de género constituye un diferencial lo suficientemente relevante, como para que el rol de la víctima en estos casos y las propuestas de su intervención sean reconocidas. La "víctima" tal como habitualmente es pensada y luego considerada al momento de definir esquemas simplificados o alternativos al proceso penal, no puede ser regulada en los alcances de su intervención con independencia de las dinámicas del conflicto que las involucran[336].

---

[335] Esa contradicción argumental, consistente en darle peso a la posición de la víctima en un sentido pero no en otro, puede verse en Devoto (2015:35/37).

[336] En sentido similar, se ha dicho que "así como las regulaciones sobre medidas alternativas a la prisión habilitan el examen sobre la gravedad del hecho imputado, pocas son las que otorgan un lugar a la voluntad de la víctima. Sin embargo, la po-

Una propuesta mínima en este punto, al menos en el plano de las regulaciones procesales, es considerar que el consentimiento de las víctimas debe jugar roles distintos según el tipo de conflictos que se estén tramitando, en términos macro políticos y luego, en la gestión caso a caso ajustar eso, asumiendo que, como ocurre con el fiscal, el reconocimiento del rol tampoco puede equiparse siempre y en toda circunstancia, al sometimiento unilateral de lo que ella exprese como sus intereses.

Esto guarda relación con algunas cuestiones que solo voy a dejar formuladas como preguntas: 1) ¿Alcanza con el modo en que se recaba hoy el consentimiento de las víctimas o es esto mismo una alarma de que los procesos institucionales mismos deben ser repensados? 2) ¿Pueden construirse supuestos en los que ese consentimiento sea vinculante y otros en los que no? 3) ¿Con qué información efectiva deciden las víctimas de estos hechos? ¿Es esto relevante para el control jurisdiccional o nos conformamos con un consentimiento burocrático, plasmado en actas? ¿Deben modificarse las formas de obtención de ese consentimiento para ser debidamente informado?

El lector habrá advertido que se trata un texto escrito desde las dudas y las preguntas, con vocación de discutir más que de definir. La única certeza es la insatisfacción que la situación actual plantea a los múltiples intereses, derechos y expectativas en juego.

La demagogia en clave Góngora es malversación explícita de esos intereses, y es tan negativa como la misoginia que esconde a veces el reduccionismo de ciertas expresiones que, so pretexto de garantismo, desconocen la mitad del conflicto y prohíjan impunidad costosa en casos concretos y, aunque pretenden aislar la intervención judicial de su contexto social, también terminan siendo por indiferencia, funcionales al desmadre punitivista, siempre listo, siempre latente.

Bibliografía

Binder Alberto, (2009), "El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual", en Kessler (coord.),

sibilidad de escuchar a la afectada no sólo sería compatible con la Convención de Belem do Pará, sino que, bajo determinadas condiciones, también deseable para garantizar el reconocimiento de su autonomía" (Di Corleto, 2013:13).

Seguridad y ciudadanía, nuevos paradigmas y políticas públicas, Buenos Aires, Edhasa Editorial.

CIDH, (2007), *Informe Acceso a la justicia para las mujeres* víctimas de violencia, OEA.

— (2014), *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Clérico Laura y Novelli Celeste, (2014) "La violencia contra las mujeres en las producciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios Constitucionales", año 12, n° 1, publicación del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, ps. 15/70,

Devoto, Eleonora, (2015), "Sobre la suspensión del juicio a prueba, las agresiones contra mujeres y la sobreactuación del feminismo institucional", en *Suspensión del Proceso a prueba para delitos de género*, Buenos Aires, Hammurabi.

Deza Soledad, (2013), "Ni rebrote punitivista, ni paternalismo penal: juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia", disponible en www.pensamientopenal.com.ar

Di Corleto Julieta, (2013), "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género", en *Revista Electrónica* Género, sexualidades y derechos humanos, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, vol. I, n° 2. Disponible en http://www.cdh.uchile.cl/media/redes/boletin/Revista_Nro2.pdf

ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género), (2013), *Comunicación a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer. Los derechos humanos de las mujeres en la Argentina*, disponible en http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=42&opc=15

Faith Simón y Casas Lidia, (2004), *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. Primera Fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala*, Documento del CEJA, noviembre 2004, disponible en www.cejamericas.org

Jiménez Allendes María Angélica y Medina Gonzales Paula, (2011), *Violencia contra la pareja en la justicia penal. Mayores penas, mayor violencia*, Santiago de Chile, Editorial Librotecnia.

Juliano Mario y Ávila Fernando, (2015), "La Convención de Belem do Pará y el patíbulo como paradigma para la solución de conflictos sociales", en *Suspensión del proceso a prueba para delitos de género*, Buenos Aires, Hammurabi.

Laurrauri, Elena, (2002), "Género y derecho penal", conferencia dictada en el marco del Seminario *Violencia contra las mujeres, derecho penal y políticas públicas*, realizada los días 26 y 27 de septiembre

de 2002, Colegio de Abogados de Costa Rica, disponible en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/derechosmujer/docs/dm_interinteres/ponencia%20elena%20larrauri.pdf

Lopardo Mauro y Rovatti Pablo, (2015), "Antes y después de Góngora", en *Suspensión del proceso a prueba para delitos de género*, Buenos Aires, Hammurabi.

Lopardo Mauro y Rovatti Pablo y otros, (2013), *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Del Puerto.

Pitch Tamar, (2003), *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Virgolini, Julio, (2005), "La polémica: ¿Delito o conflicto?, en Birgin, Haydee, *Violencia familiar, a 10 años de la sanción de la Ley de Violencia familiar ¿Una herramienta eficaz?*, Buenos Aires, Altamira.

Zaffaroni, Alagia y Slokar, (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Ciudad de Buenos Aires, Ediar.

CAPÍTULO 10

Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género[337]

Julieta Di Corleto[338]

1. Introducción

El tratamiento jurídico penal de la violencia de género está atravesado por la negación de los derechos de las mujeres. La naturalización y minimización de la violencia, la asignación de responsabilidad a las víctimas y la deslegitimación de sus declaraciones sirven como muestra de la discriminación en el sistema de administración de justicia.

La regulación jurídica de la prueba hilvana cada una de estas concepciones sobre la violencia, sobre la capacidad de las víctimas para evitarla y también sobre la credibilidad de sus testimonios. En función de ello, con mayor o menor dedicación, desde los estudios de género se ha asegurado que, a pesar de que los códigos procesales prescriben que los elementos probatorios deben valorarse de manera sana, crítica y racional, el resultado no ha sido siempre tan sano, ni tan crítico y menos aún racional.

---

[337] En la elaboración de este trabajo me he beneficiado de conversaciones con Máximo Langer, Raquel Asensio, María Luisa Piqué, Mauro Lauría Masaro y Agustín Varela, a quienes agradezco su escucha y aportes para el desarrollo de estas ideas. En especial agradezco a Genoveva Cardinali y a José Sylvie, quienes me facilitaron el acceso a material jurisprudencial.

[338] Abogada (UBA), LLM (Harvard Law School), profesora adjunta (int.) de la UBA.

Este penoso escenario comenzó a modificarse con la puesta en vigencia de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Si bien la normativa no transformó las reglas generales sobre recolección y valoración de la prueba, su llegada al plexo legal cumplió una función pedagógica importante. En efecto, en materia de valoración de la prueba, los cambios se registraron con estas normas muy elementales que, por un lado, reafirmaron el principio de amplitud probatoria "teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos" y, por el otro, exigieron que, al momento de fallar, los jueces tuvieran en cuenta los indicios graves, precisos y concordantes que surgieran del contexto.

De todos modos, la aplicación de esta normativa en casos concretos ha recibido importantes críticas en razón de que, se ha argumentado, conlleva la flexibilización de los estándares probatorios en casos de violencia de género. Tanto en el ámbito académico como en el judicial, el problema ha sido simplificado, circunscribiéndolo a la validez o no de una sentencia de condena dictada sobre la base de la sola declaración de la víctima. A la luz de este interrogante, el objetivo de este trabajo es contextualizar la discusión sobre el debilitamiento de la prueba en casos de violencia contra las mujeres y ofrecer una lectura alternativa que sugiere que el marco probatorio no requiere normas especiales o la flexibilización de estándares, sino que solo es necesario trabajar en la construcción de una racionalidad jurídica que abandone prácticas discriminatorias.

2. La regulación jurídica de la prueba

En el ámbito del proceso penal, la actividad probatoria está ampliamente reglada y, con independencia del modelo escogido para su valoración, los operadores judiciales están sometidos a un importante número de normas que establecen cómo se debe llegar al conocimiento de los hechos y bajo qué condiciones (Ferrer, 2007:24). En este sentido, la valoración de la prueba es una de las tantas actividades vinculadas con el fenómeno probatorio que está sujeta a ciertas limitaciones legales.

Aunque concurran diferentes tipos de regulaciones, no existe un sistema procesal que deje en manos del juez o de las partes toda la

reglamentación de la prueba, de allí que haya normas diferenciadas según su ámbito de aplicación y su alcance (Florián, 1998: T.I., 48). Así, las reglas son clasificadas en función de la normativa que determina cuándo se inicia o cuándo culmina la fase probatoria, o quiénes son los sujetos que están legitimados a ofrecerla o producirla. Por otra parte, también son categorizadas en función de qué procedimientos están autorizados, cuáles son aquellos que están prohibidos y bajo qué condiciones algunos resultados deben ser excluidos del proceso. Finalmente, otro tipo de condicionamiento normativo recae sobre los estándares de valoración (Ferrer, 2007:35).

Las regulaciones vinculadas con este momento de la actividad probatoria han sido clasificadas, por un lado, como sistemas de prueba legal o tasada y, por el otro, como de libre valoración de la prueba (Ferrer, 2007:45)[339]. Al seguir esta categorización, los sistemas jurídicos que remiten a normas de prueba legal o tasada indican al juez qué conclusión probatoria debe extraer a partir de un determinado hecho considerado como cierto. No se trata de que la ley regule algunos puntos, sino que directamente determina la conclusión a la que corresponde llegar (Florián, 1998: T. I. 48; Maier, 1996:870). En este sistema, caracterizado por su desconfianza hacia los jueces, el legislador orienta el resultado del juicio al disponer qué es lo que el juzgador está obligado a pensar, para lo cual establece el peso específico de cada elemento. En consecuencia, para extraer una conclusión en uno u otro sentido, el juez se atiene a lo previsto en la ley: mientras la prueba legal positiva se corresponderá con la obligación de dar por probada la hipótesis acusatoria, la negativa conducirá a una absolución. Algunos de los principios deudores de esta tradición determinan que, por ejemplo, bajo determinadas condiciones, la confesión brindada acredita acabadamente el delito, o que dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo, conforman plena prueba[340]. En síntesis, bajo este sistema, el estándar de prueba está cristalizado en la ley y no requiere de otra fuente para su elaboración (Laudan, 2005:97).

---

[339] En este trabajo no analizaré las características del sistema de "íntima convicción", el cual refleja un juicio netamente subjetivo. Este sistema se vincula con el enjuiciamiento acusatorio puro con tribunales populares o, como en la actualidad, con el sistema de jurados (Maier, 1996:870).

[340] Así lo establecía el Código de Procedimientos en Materia Penal, ley 2372 (1888).

Opuesto a este modelo, el sistema de libre valoración faculta al juez a apreciar las pruebas de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia. Dado que no debe atenerse a reglas construidas en abstracto, el juez tiene la libertad de establecer el valor probatorio de cada uno de los elementos reunidos. La libertad en la apreciación de la prueba no es equiparada a la arbitrariedad o a la aceptación de criterios personales no contrastables, sino que se guía por ciertas pautas del sentido común. Con todo, la vaguedad que supone el uso de estos términos está limitada por la obligación legal de los jueces de explicar las conclusiones a las que arriban (Florián, 1998: T. II, 365). En su motivación, la sentencia debe incluir tanto la descripción del elemento probatorio como su valoración crítica, es decir, la justificación razonada de los hechos, los motivos y las normas que se emplearon para tomar una decisión[341], en el marco de un juicio contradictorio y bajo las reglas de la inmediación[342]. En este sentido, para el sistema de libre valoración, la motivación es también una demostración de que las partes han sido oídas y sus planteos atendidos.

Los sistemas procesales modernos han abandonado el esquema de las pruebas legales que transforman la reconstrucción de los hechos en un simple cálculo jurídico cuyo resultado es la solución fáctica del caso[343]. Este alejamiento ha permitido dejar atrás las reglas rígidas que indicaban cuándo se estaba ante una hipótesis de condena. Sin embargo, dado que para el sistema de libre valoración la ausencia de reglas condicionantes de la convicción no significa discrecionalidad absoluta, tanto desde la academia como desde la práctica judicial se han elaborado algunos criterios de racionalidad útiles para controlar la decisión judicial.

---

[341] Cf. Corte IDH, "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile", Serie C nº 151, párr. 122. Sentencia de 19 de septiembre de 2006.

[342] La Corte Interamericana también ha sostenido que para que una resolución pueda considerarse motivada, la argumentación ofrecida por el Juez debe demostrar que se han tomado en cuenta los argumentos de las partes. Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, párr. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

[343] El artículo 398 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) establece que "... El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica...". Asimismo, los artículos 241 y 263 remiten al mismo criterio para valorar las declaraciones testimoniales y la prueba pericial.

2.A. La determinación de los hechos probados en un sistema de libre valoración de la prueba

Sobre la base de que la valoración de la prueba está imbuida de criterios de racionalidad, la determinación de los hechos está limitada por una serie de garantías para las partes, entre las que se incluye la posibilidad de controlar la motivación de la sentencia. Dicha racionalidad supone que el juez está obligado a reconstruir una versión verdadera de los hechos que, aunque pueda no ser "absoluta" u "objetiva", sí debe ser lo menos falible posible (Taruffo, 2011:400; Ferrajoli, 1995:50/147; Ferrer, 2007:139).

El grado de probabilidad exigible para dictar una sentencia es una de las cuestiones de más difícil resolución. Si se parte de la premisa de que la verdad será contingente y relativa, el problema se traslada al establecimiento de criterios de racionalidad para que la sentencia contenga la menor cantidad de errores.

En relación con los criterios de racionalidad, Taruffo ha argumentado que el hecho de que no pueda identificarse un concepto absoluto de racionalidad no implica que no se puedan indicar algunas pautas específicas que lo definan. Entre estas, la exclusión de métodos calificados como irracionales por la cultura común; la utilización adecuada de todos los datos empíricos disponibles; la aplicación correcta de las reglas de inferencia entre proposiciones relativas a hechos; la consideración de todos los elementos de prueba disponibles y relevantes; la aplicación de argumentos que no sean contradictorios entre sí, como cuando la misma circunstancia es considerada verdadera y falsa; y la resolución de todas las contradicciones y la identificación de una hipótesis unívoca, son algunas de las pautas metodológicas sugeridas para definir el concepto de racionalidad probatoria (Taruffo, 2011:422/427).

En cuanto a la determinación de los estándares de prueba, algunas de las concepciones ampliamente expandidas, en especial en el ámbito académico, son las teorías que recurren a un cálculo de probabilidades para determinar el grado de aceptabilidad de una hipótesis. De acuerdo con estas posiciones, una sentencia de condena solo podría dictarse ante una hipótesis que sea entre un 90 % o 95 % probable (Laudan, 2005:98; Taruffo, 2011:193/215). Estas formas de razonamiento, entre las que se encuentra el Teorema de Bayes, han sido objetadas, entre otros motivos, porque las cuentas no son fácilmente aplicables a casos complejos, donde predomina la prueba indirecta. Por otra parte, no todas las teorías ofrecen un

cálculo que considere las pruebas que refutan una hipótesis, de allí que se alegue que detrás de la aparente cientificidad numérica, existe una peligrosa confusión entre la regla empírica y el grado de convencimiento del juez (Ferrer, 2007:139; Taruffo, 2011:193/199; Laudan, 2005:98).

En contra de la cuantificación numérica de la probabilidad, también se han elaborado fórmulas que pretenden evitar que la determinación de los hechos se vincule con las creencias subjetivas de quien decide y que deliberadamente inclinan la balanza a favor de la incorporación de errores negativos (hipótesis que se declara no probada, siendo el acusado culpable) por sobre falsos positivos (hipótesis que se declara probada, siendo el acusado inocente). Así, por ejemplo, Ferrer ha propuesto que se dé por probada una hipótesis cuando: 1) esta sea capaz de "explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente, y las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas", 2) se hayan "refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis *ad hoc*" (Ferrer, 2007:147). Por su parte, Laudan ha sometido a discusión un estándar de prueba que insta al juez de la siguiente forma: "Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aun ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver" (Laudan, 2005:108)[344].

Aun con sus limitaciones, todas estas propuestas promueven el establecimiento de criterios que permiten elaborar hipótesis fácticas siguiendo criterios de racionalidad y estándares que favorecen los falsos negativos. Está claro que este trabajo intelectual no es posible bajo un sistema de prueba legal que constriñe al juez a usar

[344] Laudan también cita las siguientes fórmulas: "Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo" o "Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo" (Laudan, 2005:107).

principios preestablecidos y excluye los criterios racionales de valoración (Taruffo, 2011:401).

Ahora bien, a pesar del desarrollo teórico que han tenido los problemas acerca de la noción de la prueba y de la justificación de las decisiones jurídicas, ello no ha impedido que, en determinados contextos, se reclame el regreso de la prueba legal o tasada, como si su vigencia permitiera simplificar la determinación de los hechos. Llamativamente la demanda se ha realizado para hechos constitutivos de violencia de género.

3. ¿El regreso de la prueba tasada? Uso y desuso de la regla "Testigo único, testigo nulo"

En la delimitación del objeto de la sentencia, una dificultad que prevalece es la apreciación de la prueba testimonial. A pesar de que el Código Procesal Penal expresamente dispone que las declaraciones deben valorarse conforme la sana crítica[345], la cuestión no deja de remitir a los sistemas de prueba tasada y, en particular, a la regla conocida como *Testis unus, testis nullus*, por la cual el testigo único no puede ser fundamento de una condena, y menos aún si se trata de la víctima.

En efecto, aun cuando el régimen de prueba tasada haya desaparecido del cuerpo legal, no es tan claro que esta regla haya sido abandonada en la práctica jurídica. Su vigencia se advierte principalmente, pero no de manera excluyente, en los casos de violencia de género, en los que los diferentes operadores judiciales acuden a estos parámetros para valorar la prueba testimonial. Así, por ejemplo, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, mientras los fiscales fundamentan sus requerimientos de condena afirmando que no están frente a un caso de testigo único, los defensores proponen lo contrario. Por su parte, quizá limitados por los términos del pleito, los jueces toman su decisión con expresa mención a la regla *Testis unus, testis nullus*.

La contienda se traba en torno a sí, para imponer una condena, basta con la mera declaración de un testigo o si se deben sumar otras pruebas independientes. En el ámbito académico, Marcelo

[345] Artículo 241, CPPN.

Sancinetti inauguró una serie de trabajos con la tesis de que las palabras no son una prueba suficiente de la materialidad del hecho. Para el reconocido catedrático, las antiguas reglas probatorias se basan en principios muy razonables que reconocen una amplia tradición cultural (Sancinetti, 2010:958/978), de allí que "una condena basada en un testimonio único —y muy especialmente si el testigo es el acusador del proceso— nunca tendría una base objetivamente suficiente como para alcanzar una *certeza personal*, que no sea por vía de un *pálpito* o *corazonada*" (Sancinetti, 2013:15). En la misma línea se han expresado Mario Juliano y Gustavo Vitale quienes, teniendo como punto de referencia los casos de violencia de género, cuestionan que los jueces tengan por probado un delito solo con la palabra de quien dice haber sido víctima. De acuerdo con su postura, estas condenas someten a los imputados a un trato más severo y discriminatorio, comparable con la quema de brujas en la inquisición (Juliano y Vitale, 2014).

En cuanto a la vigencia de la regla en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, dos sentencias dictadas por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, avivaron el debate. En el primero de los casos, Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/ inf. art. 149 bis CP, el Tribunal intervino a raíz de la impugnación presentada por el acusado, condenado a la pena de 6 meses de prisión por ser autor del delito de amenaza[346]. Según la defensa, bajo la excusa de aplicar la normativa internacional relativa a la temática de género, habían flexibilizado los estándares probatorios y la decisión no superaba el umbral mínimo de razonabilidad ya que la condena había sido dictada con el solo testimonio de quien tenía un interés en el pleito. Por su parte, el Tribunal sostuvo que la regla *testis unus, testis nullus* no regía en el sistema procesal vigente en la Ciudad, donde se aplicaba el sistema de la sana crítica. A ello se sumó la respuesta de la jueza Alicia Ruiz, quien sostuvo que la alegada violación del principio de igualdad no era tal, en tanto se basaba en afirmaciones prejuiciosas respecto de la credibilidad de las víctimas mujeres. Por lo demás, la lectura de la sentencia de primera instancia nos alerta sobre las restantes pruebas que sustentaron la

[346] TSJ CABA, "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Legajo de requerimiento de elevación a juicio en autos Newbery Greve, Guillermo Eduardo s/inf. art. 149 bis CP'", rta. 11/9/2013.

hipótesis de la acusación: los informes médicos y psicológicos realizados en el proceso, así como también otros testigos que dieron cuenta del estado de ánimo de la denunciante.

Más tarde, el Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires tuvo otra oportunidad de expedirse sobre este mismo tema en *Taranco, Juan José s/inf. arts. 149 bis, amenazas*. En este caso fue el Fiscal quien impugnó la absolución dictada por la Cámara de Apelaciones por considerar, entre otros argumentos, que se había omitido la valoración de medios de prueba indirectos[347]. El acusador advirtió que la Cámara había sido contradictoria al considerar, por un lado, que la declaración de la denunciante había sido creíble, coherente, verosímil y persistente en cuanto a la relación conflictiva que mantenía con su pareja y, por el otro lado, que sus dichos no resultaban suficientes para tener por acreditada la amenaza. Por mayoría, el Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sostuvo que los hechos de violencia de género requerían un esfuerzo particular para identificar los elementos probatorios indirectos o indiciarios de carácter objetivo, corroborantes o periféricos. En este punto es relevante acudir al voto del juez Lozano, pues entre la prueba indiciaria enumeró al testimonio de la madre de la denunciante (que relató lo que la víctima le había contado y lo que había presenciado su nieta de cuatro años de edad); el testimonio del padre del imputado; y los dichos de las licenciadas que atendieron a la víctima y que dieron cuenta del riesgo que presentaba el caso. Todos estos elementos habían llevado al Tribunal *a quo* a tener por probado un trato denigrante del imputado hacia la denunciante.

Por su parte, la Cámara Nacional de Casación Penal ha tenido oportunidad de expedirse sobre la cuestión en el caso THA s/ abuso sexual[348]. Allí se debatía sobre la valoración de la prueba que sustentó una condena por los abusos sexuales causados a P., una joven de 15 años, por los que quedó embarazada en dos oportunidades. Tiempo después P. formó una pareja y fruto de esa relación nació Y., quien a partir de los 5 años de edad le transmitió a su madre que estaba siendo abusada por su abuelo. Así establecida la discusión, uno de los puntos centrales consistió en desentrañar si la prueba

---

[347] TSJ CABA, "Ministerio Público —Fiscalía de Cámara Este de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Taranco, Juan José s/inf. art(s) 149 bis, amenazas, CP (p/ L 2303)'", rta. 22/04/2014.

[348] CNCP, Sala II, "THA s/ abuso sexual", rta. 2 /11/2015.

se había mensurado en forma ligera, sobre la base de un testigo único. Sobre este tema, existe un matiz entre el voto del juez Bruzzone, por un lado, y el juez Sarrabayrouse por el otro. Mientras el primero sostuvo que, en estos casos, "el estándar de prueba que se exige para arribar al grado de certeza necesario a efectos de pronunciarse sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad del inculpado se satisface de un modo distinto, menos riguroso que aquel que puede exigirse para otros supuestos", el segundo sostuvo que, además del relato de las víctimas, se contaba con otros elementos de cargo, entre ellos, el resultado de la prueba de ADN sobre los hijos de P. y T. y los informes de los peritos que evaluaron el entorno familiar y a los implicados.

La discusión también se ha presentado en la Cámara Federal de Casación Penal. En el caso Briñoni, Jorge Sebastián s/recurso de casación, los jueces sostuvieron que no hay obstáculo alguno para que esta sola prueba funde una sentencia de condena, pues "no existen razones valederas para desconocer su validez, utilidad y aptitud probatoria"[349]. De todos modos, el Tribunal enumeró los demás elementos que confirmaban los dichos de la denunciante, entre los que mencionó un examen médico que constataba una lesión anal horas después de acaecido el hecho y las declaraciones de testigos que vieron a la víctima llorando inmediatamente después del suceso.

Además de los tribunales de alzada que analizan la cuestión, el tema lógicamente también se planteó en instancias inferiores[350]. Por ejemplo, en el caso Gironda Amaro, en respuesta a la alegación de la defensa, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 9 se expidió sobre la validez del testimonio único para dictar una sentencia de condena[351]. Para los jueces, la pretensión de que no basta un único testigo para una prueba acabada del hecho no se condice con un sistema de libre valoración, en función del cual no hay un modo

---

[349] CFCP, Sala IV, "Briñoni, Jorge Sebastián s/recurso de casación", rta. 29/09/2015.

[350] Además de los casos citados, se pueden consultar CCC, Sala V, "Biondi Smith, Mario José s/procesamiento", rta. 29/05/2014 y, del mismo tribunal y sala, caso "RBJ s/amenazas y otros", rta. 07/06/2011; CNACC, Sala 6, casos "GSD", rta. 21/3/2012, "RCJ s/procesamiento", rta. 19/04/2013; y "RBCG.", rta. 06/03/2014, todos ellos del mismo tribunal y sala; CFCP, Sala II, "AAC s/recurso de casación", rta. 09/05/2012; CFCP, Sala IV, "CEW s/recurso de casación", rta. 20/11/2012.

[351] TOC 9, "Gironda Amaro s/abuso sexual", rta. 6/03/2013.

determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. De acuerdo con el Tribunal:

"sin un sistema de prueba tasada la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco en la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número elementos de prueba, por caso de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo".

A estos argumentos, el Tribunal sumó la jurisprudencia internacional vinculada con la preeminencia que debe darse a la declaración de la víctima en este tipo de hechos. Finalmente, analizó los demás elementos reunidos, entre los que citó el informe médico de la psicóloga (quien dio cuenta de la situación de angustia vivenciada), y el testimonio del novio de la víctima (quien describió su estado de ánimo, su nerviosismo y angustia cuando le reveló lo sucedido), datos que no pueden ser identificados con la declaración de la víctima. Aunque la referencia a estas pruebas haya provenido de la información brindada por la víctima, ello no obsta a que sean consideradas pruebas y como tales deben ser contabilizadas y no soslayadas como si no tuvieran ningún valor agregado.

En síntesis, no es evidente que el antiguo adagio esté completamente desterrado de la práctica jurídica pues mientras los operadores judiciales se esfuerzan por hacerlo valer, los jueces se ven compelidos a analizar si están o no ante un solo testigo de cargo, con independencia de que acepten o rechacen su aplicación.

4. Amplitud probatoria: entre la ficción y la realidad

La recensión de las sentencias anteriores aporta pocas respuestas a la pregunta sobre qué define un caso de testigo único porque no está claro que alguna de estas decisiones se haya basado, como elemento excluyente, en la declaración de la víctima. En especial en los casos de condenas, cada una de estas sentencias hizo alusión a prueba indirecta que corroboraba la hipótesis de la acusación, encarnada en la declaración de la damnificada.

Por su parte, la doctrina ha descripto los casos de "testigo único" aludiendo a circunstancias ficticias en las que, en lugar de encontrarnos con hombres y mujeres reales, los protagonistas son "A" y "B", totalmente abstraídos del trasfondo social en el que se da la violencia de género. En estos supuestos, poca información se aporta sobre el escenario del episodio, o sobre el desarrollo personal o familiar de quienes integran esa obra de dos personajes sin experiencias previas. A pesar de que no es imposible, es muy poco probable que una situación de esas características ocurra en la realidad, de allí que los casos de "testigos únicos" sean relatos de ficción que tienden a ridiculizar situaciones muy complicadas, con múltiples aristas y perspectivas de análisis.

Los casos de violencia de género que llegan a los tribunales son problemas reales, complejos y abiertos, muy diferentes a los ejercicios cerrados que descuidan detalles, presentan información sesgada, y poco invitan a identificar la información relevante sobre la que se debe indagar o las medidas de prueba que se pueden ordenar. En este contexto, el objetivo de esta sección es aclarar el debate sobre cómo debe sopesarse la prueba en casos de violencia de género de modo que la reconstrucción de los hechos sea lo más fidedigna posible.

4.A. Sana crítica racional sin discriminación

En otro trabajo he recopilado las decisiones de algunos tribunales que han abierto una vía para la valoración de la prueba con una perspectiva de género. Coetánea a la evolución de la jurisprudencia internacional que recoge la necesidad de una perspectiva de género, diversos juzgados han permitido perfilar algunos criterios aplicables en casos de violencia contra las mujeres (Di Corleto, 2015).

Sin modificar los criterios de valoración de la prueba incorporados en los códigos procesales, la sanción de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales ha coadyuvado en la contramarcha de ciertos sesgos de género en la recopilación y mensuración de la prueba (Di Corleto, 2015). En especial los artículos 16 y 31 otorgan a los órganos judiciales amplias facultades para ordenar e impulsar la investigación y disponen el principio de amplitud probatoria "teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos". Asimismo,

reclaman a los jueces que consideren los indicios graves, precisos y concordantes que surjan, lo cual invita a realizar un análisis sobre el contexto.

En consecuencia, estas normas no habilitan la condena sobre la base de "testigos únicos", sino que obligan a considerar las declaraciones de las víctimas, pero también a realizar investigaciones eficientes que permitan recolectar toda otra prueba relevante para la determinación del hecho. En sentido jurídico, mientras "prueba" es cualquier elemento que pueda ser de utilidad para la determinación del hecho (Taruffo, 2011:319); su relevancia se mide en función de si permite fundar, por sí solo o conjuntamente con otros elementos, una conclusión sobre la verdad del enunciado fáctico a probar (Ferrer, 2007:71).

Se ha insistido en el hecho de que los casos de violencia de género enfrentan algunas dificultades probatorias en razón de que, en general, no deja evidencias físicas, se ejerce en espacios donde predomina el silencio y el miedo, y donde no hay personas que puedan actuar como testigos. Todo ello justifica que la fuente de comprobación del delito se remita primordialmente a la declaración de la víctima, pero no implica que deba ser la única prueba que fundamente una condena.

En síntesis, en casos de violencia de género, una investigación seria y eficiente debería tomar en cuenta la declaración de la víctima y procurar acercar otros elementos de prueba, temas que serán abordados a continuación.

4. A 1. La valoración del testimonio de la víctima

Ya sea que se acepte o se rechace la regla *testis unus, testis nullus*, el problema a resolver es qué criterios deben guiar la valoración de una prueba con una carga acusatoria concreta contra el imputado.

Un primer acercamiento al problema se basa sobre la idea de que son situaciones jurídicas diferentes. Por un lado, se encuentra la declaración del testigo, y por el otro, la declaración del imputado, con diferente entidad jurídica. Mientras la víctima está sujeta al juicio, tiene obligación de comparecer, de decir la verdad, y de responder los interrogatorios; el imputado no tiene obligación de declarar, su silencio no lo perjudica, y si miente su conducta es impune. Sin embargo, esta afirmación suele ser cuestionada con el argumento de que existe un deber de valorar en igualdad de condiciones

los dichos del testigo y los del imputado pues de lo contrario su derecho a no declarar bajo juramento estaría siendo utilizado para perjudicarlo (Sancinetti, 2010).

Más allá de esta primera controversia, es necesario distinguir ciertos factores elementales referidos a tres momentos de la declaración. Así, por ejemplo, la percepción, la memoria y la comunicación judicial sobre cómo surgió, se desarrolló y se concretó la percepción son algunas de las variables a considerar al evaluar un testimonio (Florián, 1998: T. II, 325). En cuanto a la percepción o la memoria, más allá del poder perceptivo de un individuo, o de la eventual fisura en el sentido visual o auditivo, se sugiere tener en cuenta sus condiciones personales con relación al desarrollo del acontecimiento (Florián, 1998: T. II, 327). Las reglas probatorias más sensibles reconocen que lo traumático del momento padecido repercute en ciertas imprecisiones en la memoria y que, mientras no recaigan sobre aspectos sustanciales, no deben afectar la credibilidad de la mujer (Di Corleto, 2015).

Una cuestión aparte es la referida a la comunicación, pues allí entra en juego la capacidad de narrar y de expresarse en forma oral. En este punto, la valoración que se haga dependerá de ciertas máximas de la experiencia, cuyo contenido variado no es reconducible a esquemas lógicos (Taruffo, 2011:263). No obstante, tanto la jurisprudencia local como la internacional han elaborado ciertos lineamientos, uno de los cuales remite a la coherencia interna de la declaración. De acuerdo con esta proposición, la aceptabilidad de la prueba y su credibilidad racional puede inferirse del grado de exhaustividad del relato, así como también de su persistencia en el tiempo. En este sentido, existe acuerdo en que la fuerza del testimonio incriminatorio debe medirse en función de la consistencia interna, pero también deben evaluarse las condiciones personales de cada denunciante y su capacidad expresiva teniendo en cuenta su contexto individual[352].

La valoración de una prueba directa también exige el examen de ciertos datos complejos, como las relaciones laborales o de pa-

[352] Cf. Corte IDH, "Caso Fernández Ortega y otros vs. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C nº 215, párrafo 91, Sentencia de 30 de agosto de 2010; TEDH, "Aydin vs. Turkey". Sentencia del 25 de septiembre de 1997 y Corte Suprema de Justicia de Perú, Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, 6 de diciembre de 2012.

rentesco entre el testigo y las partes (Taruffo, 2011:262). Al seguir esta premisa, la declaración de la víctima debe analizarse teniendo en cuenta si entre ella y su agresor existe o existió una relación asimétrica de poder. En este examen no puede faltar la información sobre posibles contactos entre la víctima y su victimario, o sobre la existencia de amenazas o manipulaciones que alteren el relato; o incluso sobre las consecuencias generadas por la denuncia en el plano económico, afectivo o familiar (Di Corleto, 2015).

Finalmente, para valorar en forma adecuada la declaración de la víctima, los órganos judiciales deben despojarse de todo prejuicio. Se entiende por prejuicio aquel preconcepto que podría llevar al juez a resolver sobre la base de razones equivocadas y discriminatorias. En este campo, los estereotipos de género, usualmente organizados a partir de las categorías como "mujer honesta", "mujer mendaz", "mujer instrumental", "mujer co-responsable" y "mujer fabuladora", pueden afectar la decisión imparcial, por lo que debe velarse por su erradicación (Asensio *et al.*, 2012). En este punto, un examen sobre la relevancia legal puede orientar la decisión de excluir la prueba que apunta a construir el prejuicio discriminatorio. Por ejemplo, en los casos de violencia sexual, argumentos sobre las condiciones personales de la víctima repercuten en su credibilidad y conllevan una atribución de responsabilidad por el hecho[353]. La forma de vestir, su ocupación, su relación con el agresor o sus experiencias sexuales previas son algunos de los canales que pueden afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba (Cook y Cusack, 2010).

En síntesis, en el marco del proceso penal, y con independencia de los indicios que puedan corroborar la declaración de una

---

[353] En un caso tramitado contra la Argentina en el Comité de Derechos Humanos se concluyó: "el comité observa, en particular, que la sentencia (...) centra su análisis del caso en la vida sexual de la autora y en determinar si era o no "prostituta". Asimismo, toma la falta de virginidad de la autora como elemento principal para determinar su consentimiento al acto sexual (...) El comité concluye que los hechos ante sí ponen de manifiesto la existencia de discriminación (...) El comité considera que las constantes indagaciones por la asistencia social, por el personal médico y por el tribunal sobre la vida sexual y la moral de la autora constituyeron una inferencia arbitraria en su vida privada y un ataque ilegal a su honra y su reputación, especialmente por ser irrelevantes para la investigación de un caso de violación y por tratarse de una menor de edad". Comité DD.HH., ONU, "Comunicación 1610/2007", rta., párr. 13.3 y 13.7, 18 de julio de 2011. Sobre este tema, conf. CEJIL, 2013: 51.

víctima, la credibilidad de su testimonio puede ser evaluada con criterios que tienen en cuenta su naturaleza jurídica, la integridad de la percepción y la memoria medida en su contexto, la coherencia interna de la narración, así como también los factores de presión internos o externos a los que puede estar sometida la agredida. En cualquier caso, el estudio del contenido de su testimonio debe estar despojado de una mirada estereotipada.

4. A. 2. Valoración de la prueba indiciaria *en casos reales*

Los casos de ficción preparados para el ejercicio académico pueden ofrecernos una vía para reflexionar sobre pautas de valoración de la prueba, incluso en supuestos que se presentan como casos de "testigo único". Estos ejemplos son útiles para pensar sobre el funcionamiento de una norma aplicable a una situación completamente divorciada de la experiencia vital de cualquier persona. Sin embargo, en el marco de expedientes penales basados en hechos reales, denunciados por personas de carne y hueso, en donde se acusa a otros individuos muchas veces con oscuras historias de vida, es difícil encontrar situaciones de "testigo único".

En efecto, las características en las que se desarrolla la violencia de género invitan a reflexionar sobre la existencia de otros elementos que pueden ser cruzados con la versión de la víctima o bien llenar los vacíos dejados por la ausencia de declaración o su retractación[354]. Por lo demás, profundizar las investigaciones, encontrar otros medios de prueba directa o recurrir a indicios evita la fragmentación del núcleo probatorio y la construcción de hipótesis absurdas desde el punto de vista de la experiencia.

En esta línea de argumentación, la distinción clásica entre prueba directa e indirecta puede ayudar a definir la excepcionalidad de los casos de "testigo único". Mientras la prueba directa consiste en el enunciado que hace remisión directa al objeto del proceso, la indirecta remite a elementos circunstanciales del hecho principal,

---

[354] La actuación de la víctima durante el proceso penal no siempre es uniforme y en ello influye la dependencia económica, social y psicológica, o incluso la falta de respuesta o el maltrato de la justicia, de allí la alta tasa de abandono de los procesos. Más que asumir que esta es una muestra más de que las mujeres "están mal", la reflexión debería ir orientada a ver si el sistema penal está "bien" (Naredo Molero et al., 2012:27; Hester, 2012:235; Larrauri, 253).

que aluden a él de una manera complementaria. Se trata de datos que versan sobre cuestiones diferentes al hecho a probar, pero que están relacionados con él de tal manera que también conectan al imputado con la acción que se le atribuye (Ibañez, 2009:55 y 125). En palabras de Perfecto Andrés Ibañez:

"Corroborar es probar, pero no directamente la acción que da contenido a la imputación, sino un hecho relacionado con ella y con el inculpado, cuya producción en determinadas circunstancias abonaría en términos de experiencia la certeza de que, en efecto, la (imputación) ha tenido lugar con intervención o merced a la acción de aquél".

Entre las pruebas indirectas que pueden sumarse a las investigaciones de violencia de género se encuentran los informes de diferentes profesionales pertenecientes a equipos interdisciplinarios. Se sugiere recurrir a este tipo de prueba pericial cuando es necesaria para conocer hechos de carácter extrajurídico que no forman parte de la experiencia y la cultura común (Ibañez, 2009:164)[355]. Se trata de contar con el conocimiento de un experto que ayudará al tribunal a decidir un tema que está fuera de su experticia o de su capacidad de comprensión (Duce, 2013:61). Por ejemplo, médicos, psicólogos o asistentes sociales pueden dar cuenta de las secuelas psíquicas padecidas como consecuencia de la violencia de género. Si bien es cierto que el daño psicológico sufrido puede no ser un elemento jurídicamente relevante en la tipificación penal, no es menos acertado que esa información puede ser de utilidad para la valoración del testimonio.

Asimismo, en los últimos años ha tomado impulso otro tipo de prueba pericial, vinculada con la psicología del testimonio. El objetivo de esta pericia es evaluar la exactitud del testimonio y la credibilidad del testigo (Deanesi, 2012). Sobre la admisibilidad de esta medida existen intensos debates pues, por un lado, se sostiene que la evaluación de la credibilidad de una víctima o de un testigo es una actividad exclusiva del juez, por lo que implicaría invadir su trabajo y reemplazarlo en su función (Duce, 2013:71). De otro lado, se argumenta que en la medida en que los fundamentos del informe

[355] El estándar de "necesidad" se refiere a la necesidad de que el Juez reciba dicha información de un experto (y no de otra fuente) y a que el objeto del peritaje forme parte de alguno de los aspectos que son controvertidos (Duce, 2013:68).

estén enunciados en forma adecuada, estos exámenes no tienen el objetivo de sustituir la decisión íntima del juez (Ibañez, 2013:173). Para permitir que estos informes sean valorados con criterios de racionalidad, su elaboración debe ser especialmente cuidada, deben describir el tipo de entrevista desarrollada, especificar el método utilizado y justificar debidamente sus conclusiones.

La crítica a los informes médicos o psicológicos, por considerarlos derivados de la misma fuente de información, es decir, de la víctima, no necesariamente convierte al caso en un caso de "testigo único". Las pruebas son múltiples en su naturaleza y las perspectivas de análisis son variadas[356]. Idealmente, un informe pericial no debería relatar ni basarse en el contenido de la declaración de una víctima determinada, sino que debería brindar información clínica sobre su estado. De la misma manera, los testigos de referencia, aunque no hayan presenciado el hecho puntual, sí pueden declarar sobre el ánimo de la víctima, si es que tuvieron contacto con ella después de la agresión. En este punto, es distinto que un testigo declare sobre lo que la víctima le dijo, a que declare sobre aquello que presenció cuando la víctima le relató lo que le ocurrió. La distinción puede ser sutil, pero marca una diferencia. El perito o el testigo no pueden ser citados para repetir lo que escucha de la víctima sino a certificar que la situación psíquica, afectiva o emocional en la que la encontraron es compatible con el hecho que denunció. Desde esta perspectiva se puede argumentar que una misma declaración puede ser valorada de diferente manera según su contenido.

En síntesis, la prueba de los hechos constitutivos de violencia de género puede presentar algunos desafíos. De un lado, la valoración del testimonio de la víctima; de otro, la necesidad de realizar investigaciones exhaustivas que recopilen toda la información disponible. En este contexto, queda latente la discusión sobre si para estos casos los estándares probatorios deben flexibilizarse o si, por el contrario, deben ser igual de rigurosos que en otros delitos.

---

[356] Sobre la diferencia entre prueba independiente y corroborativa, María Piqué señala que exigir lo primero importa trasladar los estándares de casos de exclusión probatoria supuestos de violencia sexual, lo cual supone una interpretación errada (Piqué, 2014:124).

5. Los problemas de la construcción de un estándar probatorio diferenciado

En los estudios de género, la identificación de situaciones de discriminación estructural se apoya en el trabajo con la normativa y los estándares de discriminación directa e indirecta, parámetros que pueden trasladarse al debate sobre los estándares de prueba. La pregunta es si, para los casos de violencia de género, se requiere un modelo probatorio diferenciado, entendiendo por ello uno más flexible y menos riguroso que el vigente para el resto de los casos que ingresan al sistema penal.

En general, las referencias encontradas en la jurisprudencia y en la doctrina sobre la necesidad de un modelo probatorio sexualizado sostienen, en primer lugar, que estas pautas diferenciadas son obligaciones derivadas de la Convención de Belém do Pará. Sin embargo, la Convención no promueve un estándar de prueba diferenciado, sino que establece el deber de los Estados de llevar adelante investigaciones con la debida diligencia, que es diferente a relajar los estándares para alcanzar sentencias de condena.

En segundo término, las posturas a favor de estándares de prueba más flexibles también han afirmado que esta diferencia debe ser mantenida en razón de que los casos de violencia de género ocurren, en su mayoría, sin la presencia directa de otros testigos distintos a las víctimas. Sin embargo, estas "particularidades" también están presentes en otras agresiones e incluso en otros crímenes cometidos con algún grado de premeditación. Como ha explicado Ferrajoli, en un proceso penal, las pruebas casi nunca son directas, sino que casi siempre son indirectas (Ferrajoli, 1996:132), de allí que se deba indagar de manera exhaustiva y con altos estándares de actuación. De hecho, diferentes figuras delictivas presentan ciertas similitudes con los casos aquí analizados y para ellas se han elaborado protocolos que orientan la investigación[357]. No obstante, ni siquiera para los delitos que se apoyan en estos lineamientos se promueve la adopción

[357] Por ejemplo, El Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes, mejor conocido como el Protocolo de Estambul, es el primer conjunto de reglas para documentar la tortura y sus consecuencias. También se cuenta con el Manual sobre la prevención y la investigación de ejecuciones sumarias, extrajudiciales y arbitrarias, denominado Protocolo de Minnesota.

de estándares probatorios diferenciados. Por el contrario, los instrumentos puntualizan cuáles son las medidas razonables a seguir en función de las particularidades del hecho a investigar.

La idea de flexibilidad en los estándares de prueba esconde una connotación particularmente negativa, pues se tiende a pensar que de esta forma se reduce el alcance del principio de inocencia. El análisis de los casos presentados pone en duda la afirmación de que se han relajado los estándares probatorios o que se ha vulnerado el *in dubio pro reo*. Por el contrario, la lectura de las sentencias advierte que hay una innumerable cantidad de indicios que complementan la declaración de la víctima. En consecuencia, solo una lectura simplificada y sesgada permitiría decir que los casos presentados contrarían los principios probatorios generales aplicables para otros delitos.

Por otra parte, no es evidente que el establecimiento de estándares más flexibles para la determinación de la culpabilidad en casos de violencia contra las mujeres sea una buena estrategia para revertir la discriminación de género. Ello no obsta a que, desde una perspectiva de género, se advierta sobre el sesgo discriminatorio que tradicionalmente ha regido la valoración de la prueba. Pretender que las investigaciones agoten todas las medidas posibles, reclamar la inadmisibilidad de prueba que procura indagar en la vida sexual de una mujer para descartar una violación, o cuestionar afirmaciones antediluvianas que parten de la idea de que las mujeres mienten y que por ello son menos creíbles, no significa relajar estándares, sino que solo busca reivindicar la vigencia del principio de igualdad para promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y sin discriminación.

6. Conclusión

La valoración de la prueba en casos de violencia de género no está exenta de dificultades. En general, aunque no de manera excluyente ni exclusiva, estos hechos ocurren en el ámbito de la intimidad o en espacios donde el autor ha predispuesto un escenario para no ser fácilmente observado. Por ello, acercarse al conocimiento de lo realmente acontecido exige recurrir de manera preeminente a la declaración de la víctima, pero también acudir a otro tipo de elementos probatorios. Una investigación eficiente, será aquella que, con una visión realista, parta del reconocimiento

de que se trata de un fenómeno que no por complejo impide detectar algo más que testigos presenciales.

De todos modos, no parece razonable sostener que para este tipo de delitos se deban aceptar estándares más flexibles, pues es factible recurrir al mismo marco probatorio general establecido en los códigos procesales, advirtiendo las características propias de la violencia y sus posibilidades de prueba. Esta argumentación parece haberse construido a la sombra del aumento de las denuncias por violencia de género y no como un trabajo teórico continente del estudio de aquellos delitos respecto de los cuales la administración de justicia tiene una amplia experiencia en su investigación y sanción.

Los casos reseñados en este trabajo permiten identificar que las sentencias no se han dictado sobre la base de una única prueba testimonial, sino que también se sumó otra prueba indirecta, algunas veces guiada por la propia denuncia y en otros supuestos recolectada por una vía independiente. En efecto, en estos casos aplicar la perspectiva de género supone mirar más allá de la denuncia para recuperar y preservar el material probatorio en la escena del delito, identificar posibles testigos y realizar los exámenes médicos y psicológicos que permitan determinar la existencia de posibles secuelas.

A partir de allí, guiados por los estándares de un sistema de libre valoración, el desafío consiste en elaborar pautas que permitan promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y respetuosa de los derechos de las mujeres.

Bibliografía

Asensio *et al.*, (2012), *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa.

Cook Rebecca y Cusack, Simone, (2010), *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

Deanesi, Laura, (2012) "Introducción a la Psicología del Testimonio: nuevas perspectivas", en *Problemas actuales del Derecho Procesal Penal*, (dir. Daniel Pastor; coord. Nicolás Guzmán), Buenos Aires, Ad-Hoc.

Di Corleto, Julieta, (2015) "La valoración de la prueba en casos de violencia de género", en *Garantías constitucionales en el proceso penal* (Florencia Plazas y Luciano Hazan, comps.), Buenos Aires, Del Puerto.

Duce, Mauricio, (2013) *La prueba pericial*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

Ferrajoli, Luigi, (1995), *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Buenos Aires, Editorial Trotta.

Ferrer Beltrán, Jordi, (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons.

Florián, Eugenio, (1998), *De las Pruebas Penales*, T. I y T. II, Bogotá, Editorial Temis.

Hester, Marianne, (2012), "A través del Sistema penal: la experiencia de las mujeres en Inglaterra, en *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (Encarna Bodelón), Buenos Aires, Ediciones Didot.

Ibañez, Andrés, (2009), *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi.

Juliano, Mario y Vitale, Gustavo, (2014), "Una vuelta a la Inquisición: condena sin pruebas por violencia de género", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, Buenos Aires, La Ley.

Larrauri, Elena, (2008), *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, Euros Editores.

Laudan, Larry, (2005), "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Ciudad, nº 28, 2005.

Maier, Julio B. J., (1996), *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos*, Buenos Aires, Del Puerto.

Naredo Molero, María *et al*, (2012), "La utilización del sistema de justicia penal por parte de las mujeres que enfrentan la violencia de género en España", en *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales* (Encarna Bodelón), Buenos Aires, Ediciones Didot.

Manzanero, A. L. y Muñoz, J. M., (2011). *La prueba pericial psicológica sobre la credibilidad del testimonio: Reflexiones psico-legales*, Madrid, Sepin.

Sancinetti, Marcelo, (2010), "Acusaciones por abuso sexual: principio de igualdad y principio de inocencia. Hacia la recuperación de las máximas *'Testimonium unius non valet'* y *'Nemo testis* en propia causa', en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis, vol. 2010/6.

— (2013), "Testigo único y principio de la duda", en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, nº 3/2013. Piqué, María, (2014),

"El conflicto entre el derecho de interrogar a los testigos y el derecho de las víctimas a no ser revictimizadas. Algunas reflexiones a partir de 'Gallo López'", en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, n° 16 (Leonardo Pitlevnik, dir.), Buenos Aires, Hammurabi.

Taruffo, Michelle, (2011), *La prueba de los hechos*, Buenos Aires, Editorial Trotta.

CAPÍTULO 11

Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional

María Luisa Piqué[358]

1. Introducción

El contacto de las mujeres con el sistema de justicia penal sigue siendo en buena medida una experiencia negativa, y hasta traumática, pese a los significativos desarrollos que se advierten en América Latina en materia de violencia de género[359]. Ya sea por desidia o falta de formación de los operadores jurídicos, o por prejuicios y discriminación, la intervención de la justicia penal suele dejar a las mujeres en una peor situación que en la que se encontraban, o bien porque vuelven a sufrir victimizaciones por parte del agresor (o se aumenta el riesgo de sufrirlas), o porque se empobre-

---

[358] Abogada (UBA), especialista en Derecho Penal y Procesal Penal (UTDT) y Máster en Derecho (Universidad de Georgetown). Profesora adjunta (int.) de Garantías Constitucionales del Derecho Penal Sustantivo y Procesal Penal (Facultad de Derecho, UBA). Este trabajo se vio enriquecido con los valiosos comentarios de Romina Pzellinsky y de Gustavo Beade.

[359] Más allá de sus diferencias y de que no siempre se superponen, a los fines de este trabajo —y para simplificar el lenguaje— utilizaré de forma intercambiable los conceptos de "violencia de género" y "violencia contra las mujeres" (entendiendo este último de acuerdo con la definición del artículo 1, Convención de Belém do Pará —"cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"—).

cen económicamente, o porque pierden el hogar o la custodia de sus hijos, etc. Además, es posible que el proceso las obligue a ventilar su intimidad, a ser inspeccionadas de forma invasiva y a ser peritadas psiquiátricamente. Finalmente, todo esto puede ser en vano si el caso termina en impunidad, incluso negándoles su estatus de víctima, porque no se les cree o porque se las culpa de lo ocurrido.

Las normas y prácticas del sistema de justicia penal que producen una experiencia tan negativa para las mujeres comprometen derechos constitucionales y convencionales, como la intimidad y la integridad física y psíquica, las vuelven a convertir en víctimas y devienen en obstáculos en el acceso a la justicia. Estos obstáculos, al estar fundados en el género, constituyen una forma de discriminación. Además, en tanto provienen del Estado y tienen como resultado la privación de derechos, pueden configurar violencia institucional.

En este trabajo, pretendo desarrollar ciertos criterios para identificar estas normas y prácticas, mensurar su intensidad y gravedad y determinar cuáles son las consecuentes obligaciones y responsabilidades del Estado.

2. El derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género

Tanto en el sistema universal de derechos humanos, como en el interamericano, se consagra el derecho de las personas de ser oídas y de contar con recursos judiciales en condiciones de igualdad[360]. Estos derechos conforman el derecho de "acceso a la justicia".

Así, en el ámbito interamericano, el derecho a ser oída del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) supone, por un lado, un ámbito formal y procesal (en el sentido de asegurar el acceso con las debidas garantías al órgano competente que determinará el derecho reclamado) y por otro, un ámbito de protección material (que implica garantizar la capacidad del procedimiento para producir el resultado para el que fue conce-

[360] Artículo 8, Declaración Universal de Derechos Humanos y Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En el ámbito interamericano, se destacan los artículos 8.1 y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

bido, aun cuando no se le de la razón a la parte que reclama)[361]. Se trata, en definitiva, del "debido proceso legal", el cual establece una serie de requisitos que deben ser observados cuando las personas pretenden defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto estatal que las afecte[362].

El artículo 25, por su parte, exige que los recursos que los Estados suministren a las víctimas de una violación de sus derechos humanos sean efectivos a los fines de determinar si ha ocurrido dicha violación y proveer lo necesario para remediarla[363]. Esta obligación se deriva de una obligación más general: la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (art. 1.1, CADH)[364]. Por lo tanto, los Estados parte están obligados, a la luz de ambas disposiciones, a "garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia" y a que el recurso que se prevea permita lograr, entre otros resultados, el juzgamiento de los responsables y la obtención de una reparación por el daño sufrido[365].

Conjuntamente, los artículos 25 y 8.1 conforman el derecho de "acceso a la justicia", que es una "norma imperativa de Derecho Internacional"[366] y obliga a los Estados a asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos o definan sus obligaciones[367].

---

[361] Corte IDH, "Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay". Serie C, n° 234, párrafo 122, Sentencia del 13 de octubre de 2011.

[362] Corte IDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá", Serie C, n° 218, párrafo 142, y sus citas, Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

[363] Corte IDH, "Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela". Serie C, n° 197, párrafo 61, Sentencia del 30 de junio de 2009.

[364] Véase Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87 Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, artículo 27.2, 25 y 8, CADH, párrafo 22 y sus citas, 6 de octubre de 1987.

[365] CIDH, "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.Doc. 68, párr. 24, con cita de diferentes precedentes de la Corte IDH, 20 de enero 2007 (en adelante: CIDH, Informe 2007).

[366] Corte IDH, "Caso Goiburú y otros vs. Paraguay". Serie C, n° 153, párr. 131, Sentencia del 22 de septiembre de 2006.

[367] Corte IDH, "Caso Mohamed vs. Argentina". Serie C, n° 255, párr. 83 y sus citas, Sentencia del 23 de noviembre de 2012.

Las normas o medidas del orden interno que impongan costos o dificulten de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no estén justificadas por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, violan el derecho de acceso a la justicia[368].

En relación con las investigaciones por violaciones a los derechos humanos, el derecho de acceso a la justicia implica que el Estado asegure, en un tiempo razonable[369], el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y la debida sanción de los responsables[370] y que se les asegure el pleno acceso y la capacidad de actuar en todas las etapas del proceso[371] y "amplias posibilidades de ser oídos", de manera tal que puedan formular pretensiones y presentar pruebas, y que éstas sean analizadas de forma completa y seria por parte de las autoridades antes de pronunciarse sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones[372]. Debe ser garantizada a toda persona[373] por igual[374], independientemente de su condición como parte acusadora,[375] acusada[376] o incluso un tercero en el marco de un proceso (Ibáñez Rivas, 2014).

El derecho de acceso a la justicia de las mujeres en particular se deriva, en el ámbito internacional, de los artículos 2 (c y e) [377],

---

[368] Corte IDH, "Caso Cantos vs. Argentina". Serie C, n° 97, párrafo 50, Sentencia del 28 de noviembre de 2002.

[369] Corte IDH, "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", Sentencia del 22 de noviembre de 2005, Serie C, n° 135, párrafo 188.

[370] CIDH, "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica", OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, párr. 22, con cita de diferentes fallos de la Corte IDH, 9 de diciembre 2011 (en adelante: CIDH, Informe 2011.

[371] Corte IDH, "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", Serie C, n° 216, párr. 213, Sentencia del 31 de agosto de 2010.

[372] Corte IDH, "Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", cit., párr. 120, y sus citas.

[373] Corte IDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá", cit., párr. 143.

[374] Corte IDH, Caso "Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay", Serie C, n° 112, párr. 209, Sentencia del 2 de septiembre de 2004.

[375] Corte IDH, "Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua", Serie C, n° 30, párr. 75, Sentencia del 29 de enero de 1997.

[376] Corte IDH, "Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados", Serie C, n° 204, párr. 84, Sentencia del 24 de septiembre de 2009.

[377] De acuerdo con el artículo 2 (e) de la CEDAW, el Estado está obligado a eliminar la discriminación contra las mujeres cometida por cualquier actor público o privado lo

3, 5 (a)[378] y 15, CEDAW[379]. Para el Comité de CEDAW, se trata de un derecho esencial para la realización de todos los derechos protegidos por la Convención y es multidimensional, ya que abarca la justiciabilidad, disponibilidad, accesibilidad, rendición de cuentas de los sistemas de justicia de buena calidad y la provisión de remedios[380]. Este derecho es un elemento fundamental del Estado y contribuye a asegurar la independencia, imparcialidad, integridad y credibilidad del sistema judicial[381].

En el ámbito regional, y en lo que atañe a los casos de violencia contra las mujeres, las obligaciones generales de los artículos 8 y 25, CADH, se complementan y refuerzan con las obligaciones derivadas de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ("Convención de Belém do Pará")[382]. Esta Convención obliga a los Estados Parte a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (artículo 7.b), a adoptar la normativa que sea necesaria para cumplir con esas obligaciones (7.c) y a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que inclu-

---

cual implica, entre otras cosas, asegurar que las mujeres puedan presentar denuncias en caso de violaciones de los derechos consagrados en la Convención y tengan acceso a recursos efectivos. Véase CEDAW/C/CG/28, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (párr. 36), del 16 de diciembre de 2010 (en adelante: CEDAW, Recomendación General 28).

[378] Según el Comité, el artículo 5 (a) deberá ser interpretado en el sentido de que obliga a los Estados a exponer y remover las barreras sociales y culturales subyacentes, incluyendo los estereotipos de género, que le impiden a las mujeres ejercitar y reclamar sus derechos y les impide acceder a remedios efectivos. Véase CEDAW/C/CG/33, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 33 sobre el acceso a la justicia de las mujeres (párr. 7), del 23 de julio de 2015 (en adelante: CEDAW, Recomendación General 33).

[379] Ídem, párr. 11.

[380] Ídem, párr. 1.

[381] Ibidem.

[382] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", Serie C, n° 289, párr. 241, Sentencia del 20 de noviembre de 2014; "Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala", Serie C, n° 277, párr. 185, Sentencia del 19 de mayo de 2014. "Caso Fernández Ortega y otros vs. México". Serie C, n° 215, párr. 193, Sentencia del 30 de agosto de 2010. "Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú". Serie C, n° 160, párr. 378; "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", cit., párr. 177, Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

yan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos (7.f.).

La obligación de debida diligencia, en efecto, tiene "alcances adicionales" cuando se trata de una mujer que sufre maltrato, afectación a su libertad personal o la muerte en el marco de un contexto general de violencia. En estos casos, las autoridades estatales deben investigar sin demoras los hechos, de forma seria, imparcial, efectiva y con determinación a fin de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección[383]. Además, los Estados deben incorporar perspectiva de género y facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita a la víctima en todas las etapas del proceso[384].

La insistencia de los organismos internacionales de derechos humanos en estas "obligaciones reforzadas" de los Estados a la hora de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género tiene su razón de ser en que, históricamente, el camino hacia la justicia para esta población ha sido particularmente accidentado.

En primer lugar, el tratamiento de casos individuales de violencia contra las mujeres se ha caracterizado por la impunidad que, según la Corte IDH, facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje de tolerancia y aceptación de la violencia contra las mujeres. La impunidad favorece la perpetuación y aceptación social del fenómeno y produce en las mujeres un sentimiento de inseguridad y una persistente desconfianza en el sistema de administración de justicia. Por lo tanto, esa ineficacia o indiferencia judicial constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia[385].

En segundo lugar, es ampliamente reconocido que determinadas víctimas —ya sea por el tipo y circunstancias del delito o por sus condiciones personales— se topan con dificultades adicionales para ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, o están en "condición de vulnerabilidad"[386]. Esto significa que

---

[383] Ídem, párr. 241 y sus citas.

[384] Ídem, párr. 242 y sus citas.

[385] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", cit., párr. 280. "Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala", cit., párr. 208.

[386] Véase "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder" del 29 noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/res/40/34, párrafos 3 y 17) y regla nº 3 de las "Reglas

tienen grandes limitaciones a la hora de "evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización..."[387].

Dentro de las causas de vulnerabilidad se encuentran —entre otras— el tipo de victimización (las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, de delitos sexuales y los familiares de víctimas de muerte violenta)[388] y el género[389].

Muchos estudios relativos a la violencia sexual (que tienen como víctimas predominantemente a las mujeres) han demostrado que la recuperación de este tipo de victimización es un proceso intenso, que implica que la víctima atraviese por distintas emociones —como el temor, la ansiedad, la depresión y la negación— y que puede verse afectado si la víctima vuelve a sufrir estrés (por ejemplo, por una victimización secundaria). Por otra parte, las víctimas de violencia sexual tienen altas probabilidades de volver a sufrir victimizaciones (Diesen, 2013). A su vez, la violencia en el ámbito intrafamiliar (que también tiene como víctimas predominantemente a las mujeres) es un tipo de victimización crónica y que ocurre en el marco de una relación íntima. Por lo tanto, las

---

sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad" ("Reglas de Brasilia").

[387] Numeral 11, Reglas de Brasilia.

[388] Numerales 4 y 11, Reglas de Brasilia. En un sentido similar, la Regla 86 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establece como principio general la consideración de las necesidades de las víctimas de violencia sexual o de género. En la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del consejo, del 25 de octubre de 2012 (que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos), se destaca que las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección por el elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia (arts. 17 y 52 a 58).

[389] Desde el feminismo se ha objetado la utilización de la noción de "vulnerabilidad" en las mujeres víctimas de violencia, ya que puede debilitar la imagen de éstas como sujetos de pleno derecho (Rubio Castro, 2005). Aún así, teniendo en cuenta que, en los hechos, las mujeres se topan con múltiples obstáculos en el acceso a la justicia, se trata de una categoría que mantiene su utilidad, más allá de ese riesgo. De más está decir que con esto no pretende afirmarse que las mujeres son per se "vulnerables", sino que están en esa condición ante la justicia, tal como se irá desarrollando en este trabajo.

víctimas de violencia doméstica son especialmente vulnerables a sentir indefensión y un permanente temor a padecer nuevas agresiones (Laxminarayan, 2013).

Sin embargo, la condición de vulnerabilidad ante la justicia de las mujeres víctimas de violencia no proviene (solamente) de las especiales características de los delitos que suelen afectarlas, ni de sus secuelas, sino más bien de la existencia de patrones, normas y prácticas socioculturales discriminatorios que permean el sistema de justicia penal.

Esta discriminación puede ser directa, en tanto todavía persisten normas y prácticas que impiden que las mujeres —por su condición de tales— gocen de sus derechos, como indirecta, que ocurre cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutral (porque alude tanto a varones como a mujeres), pero al no haber contemplado las desigualdades preexistentes entre los géneros, tiene un efecto discriminatorio en su aplicación. La discriminación indirecta exacerba las desigualdades en tanto invisibiliza los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre mujeres y varones[390].

Los Estados tienen el deber de eliminar estas normas y prácticas que ponen a las mujeres en una situación de vulnerabilidad ante la justicia porque son discriminatorias, obstaculizan el acceso a la justicia y también porque pueden configurar violencia institucional.

En este sentido, la Convención de Belém do Pará reconoce que los Estados también pueden ejercer violencia contra las mujeres (art. 2 b), a través de sus agentes y de determinadas prácticas que las privan de disfrutar de sus derechos. Este tipo de violencia, conocida como violencia institucional, "no sólo incluye aquellas manifestaciones de violencia contra las mujeres en las que el estado es directamente responsable por su acción u omisión, sino también aquellos actos que muestran una pauta de discriminación o de obstáculo en el ejercicio y goce de los derechos" (Bodelón 2015:133).

En esta misma línea, la ley argentina 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Personales, define violencia institucional contra las mujeres, como "aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución

[390] CEDAW, Recomendación General 28, párr. 16.

pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley" (art. 6.b).

Del marco normativo descripto se desprende entonces que los Estados están obligados a garantizar el acceso a la justicia de las mujeres en condiciones de igualdad y por lo tanto deben remover los obstáculos que se interpongan en el ejercicio de ese derecho, sobre todo cuando esos obstáculos tengan un sustrato discriminatorio, provengan del Estado y configuren actos de violencia institucional.

Uno de los obstáculos en cuestión es la victimización secundaria.

3. La victimización secundaria o revictimización de las mujeres como un obstáculo en el acceso a la justicia y como una expresión de violencia institucional

Los conceptos "victimización secundaria" y "revictimización" están elaborados en referencia al de "victimización primaria", que a su vez alude a la consecuencia natural y el daño que sufre una persona que es víctima directa o indirecta de un delito[391]. Esos daños y consecuencias no se reducen a los inmediatos o evidentes (la lesión física, la pérdida de una persona querida, la ansiedad o el miedo sufridos durante el hecho, la pérdida de propiedad, el empobrecimiento económico, etcétera), sino también a otro tipo de consecuencias, tales como la sensación de que el mundo deja de ser un lugar seguro, racional y justo y la pérdida de sensación de confianza. A su vez, esto genera ansiedad y temor de sufrir nuevas victimizaciones (Fohring, 2015) (Maguire, 1991)[392].

---

[391] Desde de la victimología y desde el sistema de derechos humanos, se consideran víctimas de un delito no solo a las "primarias" (las personas directamente menoscabadas), sino también a las "indirectas" o "secundarias" (quienes se ven afectados por el delito por más que no lo sufran directamente, como los parientes de una víctima de desaparición forzada u homicidio, los niños/as que presencian la violencia hacia su madre o padre, etcétera).

[392] Los efectos particulares pueden variar según el delito. Por ejemplo, diversos estudios han comprobado que la violencia sexual tiene más repercusiones negativas en la víctima que la mayoría de los otros delitos, ya que produce perturbaciones profundas

Esa victimización puede ser reexperimentada a raíz de ciertas acciones y omisiones que ocurren después —y a causa— del delito. Esa repetición es la que la victimología denomina "victimización secundaria" o "revictimización"[393]. Este fenómeno consiste en la "victimización que ocurre no como resultado directo del delito sino a través de la respuesta de las instituciones y de los individuos hacia la víctima"[394], o el "daño que sufren las víctimas directas, indirectas y los testigos, durante el proceso de acceso a la justicia"[395] e implica una "reacción social negativa que es consecuencia de la victimización primaria y que es experimentada como una nueva violación de los derechos legítimos de la víctima" (Orth, 2002). Beloof llama a la revictimización "daño secundario" *(secondary harm)* y explica que es "el daño proveniente de los procesos y actores gubernamentales dentro del procedimiento" (Beloof, 1999). Se ha entendido que la victimización secundaria es una estigmatización social que incluye además otros efectos psicosociales negativos que impactan en la vida cotidiana de la víctima (Diesen, 2013); desde la intensificación del sufrimiento a partir de reacciones poco compasivas e incluso culpabilizantes (Maguire, 1991), cruzando por "la victimización que ocurre como resultado del involucramiento con el sistema de justicia penal" (Walklate, 2007), hasta "una serie de prácticas de los operadores judiciales tendientes a culpabilizar y humillar a la denunciante, produciendo así una nueva agresión en la persona ya victimizada" (Diez y Herrera, 2004). También se ha considerado que la victimización secundaria es la exacerbación del daño que genera el delito en razón del tratamiento con poca sensibilidad y la

---

y duraderas y una notable reducción en la calidad de vida psico-social (Diesen, 2013). Véase también Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, especialmente ps. 12 a 16.

[393] Aquí las utilizaré indistintamente.

[394] Handbook on Justice for Victims. On the Use and Application of the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Centre for International Crime Prevention. Nueva York, 1999, (en adelante: Handbook...), p. 9.

[395] El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá. Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe —UNODC ROPAN. Equipo de Justicia Criminal y Reforma. Panamá, 2014, p. 3 (en adelante: El uso...).

falta de comprensión de las necesidades de la víctima por parte de las agencias con las que ésta entra en contacto[396].

En el ámbito regional, la Corte IDH ha equiparado la revictimización con la "reexperimentación de la profunda experiencia traumática"[397] y la ha asociado sobre todo a la repetición del testimonio. Las Reglas de Brasilia consideran que es un incremento del daño sufrido por la víctima del delito como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia[398] y, en el correspondiente "documento de sustanciación", se ha sostenido que la "victimización secundaria" engloba "los daños sufridos por la víctima en sus relaciones con el sistema penal, marco este en el que frecuentemente se produce un incremento del mal causado por el delito con otros daños de dimensión psicológica o patrimonial que se derivan de la falta de la adecuada asistencia e información por parte del sistema de la Justicia Penal"[399].

Por su parte, en cuanto a las legislaciones locales, el decreto reglamentario de la ya citada ley argentina 26.485 define a la revictimización como el "sometimiento de la mujer agredida a demoras, derivaciones, consultas inconducentes o innecesarias, como así también a realizar declaraciones reiteradas, responder sobre cuestiones referidas a sus antecedentes o conductas no vinculadas al hecho denunciado y que excedan el ejercicio del derecho de defensa de parte; a tener que acreditar extremos no previstos normativamente, ser objeto de exámenes médicos repetidos, superfluos o excesivos y a toda práctica, proceso, medida, acto u omisión que implique un trato inadecuado, sea en el ámbito policial, judicial, de la salud o cualquier otro". La ley 5/2008 del Derecho de las Mujeres a Erradicar la Violencia Machista del Estado de Cataluña define a la "victimización secundaria o revictimización" como "el maltrato adicional ejercido

---

[396] Véase informe Criminal Neglect. No justice beyond criminal justice, Victim Support (2002), accesible en: https://www.victimsupport.org.uk/sites/default/files/Criminal%20neglect%20report.pdf. Último acceso: agosto 2015.

[397] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", cit., párr. 256; "Caso J. vs. Perú", Serie C, nº 275, párr. 351, Sentencia de 27 de noviembre de 2013; "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", cit., párr. 180; "Caso Fernández Ortega y otros vs. México", cit., párr. 196.

[398] Numeral 12.

[399] Disponible en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=6fe6feca-4300-46b2-a9f9-f1b6f4219728&groupId=10124

contra las mujeres que se hallan en situaciones de violecia machista como consecuencia directa o indirecta de los déficits —cuantitativos y cualitativos— de las intervenciones llevadas a cabo por los organismos responsables, así como por las actuaciones no acertadas provenientes de otros agentes implicados" (art. 3).

De estas definiciones se desprende que la idea de la victimización secundaria está muy relacionada con la actuación del Estado en general y con el contacto de la víctima con el sistema de justicia penal en especial, asociación que tiene mucho sentido en tanto el proceso penal suele ser un espacio donde muchas de las prácticas consideradas revictimizantes, ocurren[400].

No obstante, y tal como bien refleja la legislación catalana y algunas de las definiciones del ámbito académico, la revictimización puede ser una consecuencia de la intervención de otros actores e instituciones incluso ajenos al proceso penal y al Estado. Así, entre las demás agencias cuyo contacto con la víctima puede generar victimización secundaria, se destacan los establecimientos médicos (por medio de la invasión a la intimidad de una víctima en una sala de emergencias), las escuelas (minimizando el relato de abuso sexual de un niño/a), los líderes espirituales (insistiendo en el perdón o reconciliación antes de que la víctima esté lista para eso, o incluso en contra de su voluntad) y los medios de comunicación (por medio de investigaciones, filmaciones, toma de fotografías y publicaciones intrusivas o inapropiadas)[401].

Por su parte, las personas individuales —en particular los familiares cercanos— pueden decidir tomar distancia y culparla por lo ocurrido y considerar que, con su comportamiento, contribuyó o incluso causó, la agresión. Pueden negar el impacto del delito en la víctima instándola a olvidarse del delito y a seguir con su vida[402].

En definitiva, los conceptos de "victimización secundaria" y "revictimización" abarcan una serie de acciones, omisiones y actitudes tanto institucionales como individuales, públicas y privadas, que producen un incremento en la aflicción y en el daño producto de la victimización primaria.

---

[400] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Handbook....

[401] Ibídem.

[402] Ibídem. A la revictimización que proviene de otras agencias e individuos que no forman parte de la agencia judicial penal también se la conoce como "victimización terciaria" (El uso...).

Ahora bien, mientras que en las diferentes definiciones mencionadas esta idea básica se mantiene, cuando se trata de su aplicación práctica al proceso penal, tropezamos con una descripción casuística que abarca cuestiones muy diferentes entre sí y de variadas intensidades, que involucran desde actitudes individuales por parte de los/as operadores del servicio de justicia (por ejemplo, comentarios inapropiados o maltrato por parte de la policía o de los órganos de investigación o de juzgamiento), la decisión de no seguir adelante con el caso porque la víctima no se ajusta al modelo de "víctima ideal", la imposición de una pena que no represente el daño causado, hasta el no reconocimiento de la experiencia de una determinada persona o grupo como una victimización penal. También se consideran revictimizantes determinados arreglos derivados de la necesidad de equilibrar los derechos de la víctima *vis-à-vis* los del acusado (por ejemplo, la confrontación de la víctima con la persona imputada durante el juicio) y a la consecuencia propia del hecho de que los operadores del sistema de justicia penal toman decisiones durante el procedimiento sin tener en cuenta la perspectiva de la víctima.

En el marco de esta casuística, entonces, es necesario elaborar algunos criterios para identificar de qué manera esas prácticas y normas revictimizantes operan como una restricción basada en el género en el acceso a la justicia y configuran por lo tanto violencia institucional. Esto es particularmente relevante porque el contacto de toda víctima con el procedimiento penal —ya sea al momento de hacer la denuncia, declarar en el juicio, entrevistarse con profesionales de los centros de asistencia a víctimas, escuchar el descargo de la persona imputada, etc.— le generará molestias y algún grado de revictimización —entendida como una reexperimentación de la victimización, en este caso, a través del recuerdo—, incluso suponiendo un sistema de justicia penal que no es discriminatorio y que contempla y respeta todos los derechos de las víctimas. Y ello es así, no solo porque si la víctima desea que el caso avance deberá participar de alguna forma en el proceso (cuanto menos denunciando y luego declarando en juicio) —y, por lo tanto, deberá rememorar la experiencia de la victimización— sino también por el papel secundario que tienen, en el proceso, todas las víctimas de delitos (mujeres o no). Por lo demás, determinados arreglos que producen algún grado de revictimización, pueden ser indispensables para garantizar el derecho de defensa de la persona imputada.

Además, cada víctima es diferente y por lo tanto puede vivir de diversa manera su paso por el proceso penal. Como explica Beloof, una de las características centrales de la victimización secundaria es que puede tener distintos significados para cada persona. Así, ejemplifica, mientras que una determinada víctima puede decidir ejercitar todos los derechos disponibles de participación en el proceso, otra puede decidir no ejercitar ninguno de ellos. Ambas determinan si la participación activa minimizará o contribuirá a la revictimización (Beloof, 1999).

Con esto no quiere decirse que las mujeres merezcan una protección o estatus especial ni un privilegio, sino reconocer que la persistencia de estereotipos sexistas y de discriminación produce que las víctimas de violencia de género tengan que soportar cargas aún mayores que el resto de las víctimas en su tránsito por el procedimiento penal (Casas Becerra y Mera González-Ballesteros, 2004:52) y sean más proclives a que la denuncia del delito —y el proceso en general— se transforme en una nueva instancia de dolor. Es decir, para ellas, el derecho de acceso a la justicia está condicionado de manera diferente al de otras víctimas/sobrevivientes de crímenes violentos, básicamente por el desempoderamiento y la revictimización a que están expuestas por su condición de mujeres (Arduino y Sánchez, 2009).

A la luz del marco normativo citado, las normas y prácticas que son revictimizantes y pueden dar lugar a responsabilidad estatal no son aquellas que afectan a todas las víctimas por igual, o que implican molestias razonables y proporcionales al hecho de haber formulado una denuncia penal, sino aquellas que tienen un sustrato discriminatorio (directo o indirecto) porque afectan particularmente a las mujeres en su condición de tales, obstaculizan el acceso a la justicia en supuestos de violencia de género y configuran por lo tanto violencia institucional.

4. Algunas normas y prácticas revictimizantes

A continuación, se identificarán algunas normas y/o prácticas comprendidas por los criterios mencionados. En primer lugar cabe aclarar que esta compilación no alude a una jurisdicción en particular —salvo cuando se indique lo contrario—, sino que se trata de una generalización sobre la base de ciertos estudios llevados a cabo

en América Latina y España, de casos e informes de organismos internacionales de derechos humanos y de análisis feministas del proceso penal, que serán citados oportunamente. Lo interesante es cómo, más allá de algunas variaciones vernáculas (diferentes países, diferentes organizaciones judiciales y diferentes procedimientos penales), muchas de esas prácticas se repiten de jurisdicción en jurisdicción.

En segundo lugar, y aunque resulte indiscutible a esta altura, las mujeres víctimas de violencia no son un grupo homogéneo. Por lo tanto, no todas estas normas y prácticas las afectan por igual. En este sentido, no es posible ignorar que la discriminación contra las mujeres fundada en el género está unida de manera indivisible a otros factores que se intersectan (como el origen étnico, la religión o las creencias, la salud, el lugar de residencia, el estado civil, la edad, la clase, la orientación sexual y la identidad de género, entre otros) y que también impactan en la experiencia del contacto con el sistema de justicia y pueden hacer que el acceso de las mujeres que pertenecen a algunos de esos grupos sea aun más difícil[403].

No obstante, ello no impide cierto grado de generalización, ya que existe un núcleo duro de normas y prácticas que impacta en todas las mujeres víctimas de violencia en su calidad de tales, más allá de que determinados grupos tengan que soportar cargas adicionales.

4.1. Revictimización como consecuencia de la aplicación y perpetuación de estereotipos de género

Los estereotipos de género son construcciones sociales y culturales, o un grupo estructurado de creencias, sobre los atributos de varones y mujeres, que se fundan en sus diferentes funciones físicas, biológicas sexuales y sociales (Cook y Cusak, 2010)[404]. Por ejemplo, entre los estereotipos de las mujeres pueden mencionarse que son madres —y por tanto principales responsables del cuidado de los/as hijos/as—, castas y obedientes, y en cuanto a rasgos de personalidad, son nerviosas o desequilibradas (MPD, 2010). Los estereotipos implican reducciones y generalizaciones que impiden

[403] CEDAW, Recomendación General 33, párr. 8.

[404] En un sentido similar, véase Corte IDH, "Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México". Serie C, n° 205, párr. 401, Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

cualquier consideración a las características individuales. Y en tanto establecen jerarquías de género y asignan categorizaciones peyorativas o desvalorizaciones hacia las mujeres, son discriminatorios (MPD, 2010).

Los estereotipos distorsionan las percepciones y, en la práctica judicial, conducen a decisiones que, en lugar de basarse en los hechos relevantes, se fundan en creencias y mitos preconcebidos[405]. De esa forma, afectan el derecho de las mujeres a un proceso judicial imparcial[406].

Si bien los estereotipos impiden el acceso de las mujeres a la justicia en todas las ramas del derecho, sus efectos se agravan cuando se reflejan en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades penales[407] e impactan especialmente en las mujeres víctimas y sobrevivientes de la violencia, en particular, al inicio del procedimiento y en su desenlace[408], ya que conducen a determinadas prácticas revictimizantes[409]. Además, los estereotipos, en la medida en que influyen de forma persistente y generalizada, crean un clima de discriminación y son una expresión de violencia institucional (Bodelón, 2015).

Los estereotipos de género empiezan a operar al momento de la denuncia. Es cierto que esta situación suele ser difícil para muchas víctimas. Sin embargo, para las víctimas de violencia de género puede ser una situación particularmente traumática: si bien estos casos involucran cuestiones íntimas (sobre todo sexuales y familiares), los centros de recepción de denuncias o declaraciones testimoniales no siempre cuentan con espacios adecuados y muchas veces los testimonios suelen ser recibidos en simultáneo con el resto de las actividades cotidianas de la repartición, en presencia de otras personas ajenas al acto, todo lo cual lesiona el derecho a la intimidad, la privacidad y la dignidad de las víctimas y contraviene

---

[405] CEDAW, Recomendación General 33, párr. 26.

[406] CEDAW, "Ángela González Carreño vs. España", Comunicación nº 47/2012, CEDAW/C/58/D/47/2012, párr. 9.7., decisión del 16 de julio de 2014.

[407] Corte IDH, "Caso 'Campo Algodonero'", cit., párrafos. 196 a 208 y 401.

[408] Recomendación General 33, párr. 27. CIDH, párr. 12; Informe 2011, párr. 170, Informe 2007.

[409] Recomendación General 33, párr. 26.

los estándares internacionales en la materia[410]. Además, los operadores de la justicia no siempre tienen formación o sensibilidad en estos casos y pierden la perspectiva de la mujer víctima, que pasa a ser convertida en un objeto —un número más en las estadísticas o "la violada"—[411].

Aun así, el principal motivo de revictimización en esta etapa del proceso son los estereotipos discriminatorios, por ejemplo, que las mujeres fabulan, fantasean, utilizan el proceso penal para obtener ventajas o son co-responsables de los hechos de violencia (MPD, 2010). Estos estereotipos producen que, al momento de la denuncia, muchas mujeres se encuentren con un ambiente de discriminación basado en el género[412], que se refleja en la reducción del análisis a detalles morbosos, la emisión de juicios sesgados y discriminatorios, la minimización del hecho y su calificación como "pasional", la desconfianza en la versión de la víctima, actitudes abiertamente hostiles y discriminatorias que la culpabilicen a ella y a su familia en razón de su estilo de vida, la ropa que usa, o las horas en las que está en la calle, o por sus relaciones sentimentales anteriores, etcétera[413]. Este clima puede conducir a que la víctima abandone el proceso o se niegue a cooperar con la acusación[414]. Y puede sellar la suerte del

---

[410] Según la Corte IDH, la provisión a las víctimas de violencia de género de un ambiente cómodo y seguro que les brinde privacidad y confianza forma parte del deber de debida diligencia ("Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", cit., párr. 178; "Caso Fernández Ortega y otros vs. México", cit., párrafo 194). Por su parte, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (MESECVI) manifestó su preocupación por la falta de espacios con privacidad para la recepción de denuncias, porque eso contribuía a la revictimización de las mujeres agredidas al ser interrogadas y/o examinadas en público, y también lesionaba su derecho a la dignidad (véase MESECVI, "Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará", abril de 2012, disponible en: https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf). Para una descripción sobre cómo esto mismo ocurre en España, véase Bodelón 2012:186/7.

[411] CIDH, párr. 203 y 266, Informe 2011.

[412] Ídem, párrafos. 180-1.

[413] Ídem, párrafos. 13 y 170; CIDH, Informe 2007, con cita de CIDH, Comunicado de Prensa, n° 20/04, "La Relatoria Especial de la CIDH evalúa la vigencia del derecho de la mujer guatemalteca a vivir libre de violencia y discriminación", Washington D.C., 18 de septiembre de 2004.

[414] CIDH, Informe 2011, párrafos. 13 y 170.

caso ya que, trasladar la culpa de lo acontecido a la víctima, cuestionar su credibilidad y minimizar el significado de los hechos, lleva a fiscales, policías y jueces/zas a la inacción ante denuncias de hechos violentos —por ejemplo, a la clausura de ciertas líneas posibles de investigación sobre las circunstancias del caso e identificación de los autores[415]—.

Estas prácticas basadas en estereotipos discriminatorios, al momento de la denuncia, además de ser revictimizantes, violar el derecho de acceso a la justicia e incrementar la desconfianza de las víctimas de que la estructura del Estado puede realmente protegerlas de la violencia[416], violan el derecho a la integridad física[417].

Los estereotipos también interfieren en la valoración de la prueba y en la sentencia final[418], que pueden verse marcadas por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales[419] (por ejemplo, que una agresión sexual solamente es tal en la medida que la mujer se haya resistido). En este sentido, una de las garantías para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual debe ser la previsión de reglas para la valoración de la prueba que evite

---

[415] Por ejemplo, tanto la Comisión como la Corte IDH destacaron en relación con los feminicidios de Ciudad Juárez, México, que las autoridades del sistema de justicia penal habían actuado sobre la base de estereotipos, lo cual las había llevado a abordar los casos de forma indiferente al comienzo de la investigación. Corte IDH, "Caso 'Campo Algodonero'", cit.; CIDH. Relatoría para los Derechos de las Mujeres. "Informe sobre la Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación". OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44 (2003), párr. 4. En otro caso, la Corte IDH consideró que el Estado de Guatemala había incumplido su deber de no discriminación por el hecho de que algunos funcionarios a cargo de la investigación de un homicidio violento de una niña habían efectuado declaraciones que denotaban la existencia de prejuicios y estereotipos sobre el rol social de las mujeres, como ser su forma de vestir, su vida social y nocturna, sus creencias religiosas y la falta de preocupación o vigilancia por parte de su familia ("Caso Véliz Franco vs. Guatemala", cit., párr. 202).

[416] CIDH, "Caso Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos", Informe nº 80/11, párr. 167, del 21 de julio de 2011.

[417] Comité de Derechos Humanos, ONU, "LNP vs. Argentina", CCPR/C/102/D/1610/2007, Comunicación nº 1610/2007, dictamen aprobado el 18 de julio de 2011, párr. 13.6.

[418] CEDAW, Recomendación General 33, párr. 27.

[419] CIDH, Informe 2007, párr. 155.

afirmaciones, insinuaciones y alusiones estereotipadas —por ejemplo, la falta de credibilidad sobre la victimización en mujeres a quienes se les imputa haber cometido un delito[420] o tener una vida social o sexual "reprochable"—.

En relación con esto último, los estereotipos de género terminan facilitando la construcción de una "víctima adecuada", a la luz de la cual se les negará ese estatus a quienes no se ajusten a ese modelo.

El estereotipo de las víctimas de violencia de género es el de una mujer pasiva, indecisa, contradictoria o incluso incapaz (Di Corleto, 2010), postura que pasa a ser la exigida a las mujeres una vez que ingresan al sistema penal (Bodelón, 2008). Este estereotipo repercute directamente en el manejo y la solución de los casos, ya que si la víctima no se adecúa a él, su relato puede ser cuestionado y negado (Di Corleto, 2010). Las mujeres, así, deben aprender a ser buenas víctimas, ya que serán juzgadas en razón de cómo desempeñan ese rol, y a la luz de ello se evaluará la veracidad de sus relatos (Iglesias Skulj, 2013).

Esto termina invisibilizando a aquellas víctimas que no se adecúen a la noción idealizada de vulnerabilidad, quienes serán cuestionadas en su rol o culpabilizadas en razón de su carácter, su pasado, o sus conductas (Iglesias Skulj, 2013).

La creación, uso e influencia de estereotipos de género en la administración de justicia socava su imparcialidad y constituye una de las causas y consecuencias de la violencia contra las mujeres[421]. Además, es una expresión de violencia institucional, ya que niega a las mujeres la posibilidad de acceder a recursos judiciales efectivos que las protejan de la violencia.

4.2. Revictimización como consecuencia de la poca influencia de las víctimas en el proceso

Si bien en estas últimas décadas muchos países han emprendido reformas legales y han creado programas para asegurar el acceso a la justicia de las víctimas, el papel de estas últimas en el proceso sigue siendo poco protagónico. Esto se refleja en su poca capacidad de influencia en decisiones trascendentales, como el inicio, avance,

[420] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", cit., párr. 272.

[421] Corte IDH, "Caso 'Campo Algodonero'", cit., párr. 401.

objeto y desenlace del proceso. Así, la víctima se termina convirtiendo en una extraña, y el conflicto pasa a ser una pertenencia de la acusación pública. En las ya famosas palabras de Christie: "La víctima es una especie de perdedora por partida doble. Primero, frente al delincuente, y segundo —y a menudo de una manera más brutal— al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado" (Christie, 1992:163).

Este extrañamiento de la víctima crea un ámbito propicio para la revictimización y la violencia institucional, ya que producirá decisiones ciegas a su opinión y necesidades. Si bien este fenómeno afecta a todas las víctimas en general, intentaré demostrar que en las de violencia de género tiene implicancias especiales.

Para empezar, las víctimas de violencia de género se ven particularmente afectadas por la poca información que reciben sobre el caso (Bodelón, 2015). Si bien la mayoría de los códigos procesales penales reconocen el derecho de la víctima de recibir información[422], muchas veces ese derecho queda sujeto a que ella tenga patrocinio letrado y se constituya en parte querellante, o que concurra a la fiscalía o al juzgado con cierta frecuencia.

Esto afecta especialmente a las mujeres víctimas de violencia de género, sobre todo intrafamiliar, ya que para ellas contar con información sobre el proceso puede ser decisivo. A diferencia de las denuncias por otro tipo de hechos violentos, que suelen involucrar acontecimientos puntuales perpetrados por desconocidos, y que se circunscriben a un día y un lugar determinados, los hechos de violencia intrafamiliar suelen involucrar violencias de larga data, que muchas veces subsisten —e incluso se incrementan— luego de radicada la denuncia. Además, la víctima y el agresor suelen tener una vida en común (hogar, hijos/as, familia, economía). En este contexto, la falta de información sobre el caso es especialmente nociva ya que puede implicar que la víctima no sepa de las órdenes de protección dictadas en su favor y que recién se entere del día del juicio unos pocos días antes, en tanto testigo —y no por el hecho de ser víctima (Larrauri, 2008)—. Y si el caso termina en un juicio abreviado (en el que el autor reconoce el hecho y negocia una pena

[422] Por ejemplo, en el ámbito federal, CPPN (ley 23.984), artículos 79 y 80, y CPPN (ley 27.063), art. 79.

con la fiscalía) puede suceder que ella ni siquiera sea comunicada (Bodelón, 2015) y, desde su punto de vista, el hecho haya terminado en impunidad.

Esta falta de información sobre el proceso genera por un lado, que la víctima no pueda aprovechar todas las potencialidades que le brinda el sistema penal (Larrauri, 2008) y, por el otro, fomenta la sensación de que recurrir al sistema penal es inútil. Esto puede llevarla a desistir o a negarse a colaborar.

La falta de información confluye con la poca influencia que se le acuerda a su opinión en cuestiones centrales. Este fenómeno se advierte, por ejemplo, en la "expropiación de sentido" o resignificación del comportamiento que se define como desviado y por lo tanto, punible. En otras palabras, la víctima tiene poca influencia en la definición del objeto del proceso.

En el proceso penal, los hechos que involucran violencia de género terminan descontextualizados y reducidos —las violencias son "desmaterializadas" (Bodelón, 2015)—. El sistema penal, al no poder recoger la complejidad del fenómeno, transforma las violencias machistas graves en "conflictos de pareja" o "incidentes puntuales" que involucran mayoritariamente violencias físicas (Bodelón, 2015). Este "vaciamiento conceptual" de las situaciones de violencia de género termina invisibilizando otros tipos de violencias, como las psíquicas, las sexuales y las económicas, y fragmentando y valorando de forma parcial la violencia habitual (Bodelón, 2015)[423].

En consecuencia, de todo el daño producido por la violencia machista, solo una pequeña parte tendrá una sanción penal. Y en ese proceso de selección, la influencia de la víctima será limitada. De esta forma, el procedimiento reduce las violencias a un relato que no es reconocido por la propia víctima como "su" experiencia[424].

---

[423] En España se ha detectado una tendencia a que en las investigaciones solo se profundice y se produzca prueba de un hecho puntual, que suele ser el más reciente y el detonante de la denuncia. La prueba tiende a limitarse al informe médico y a la declaración de la víctima. Raramente convocan otros testigos (del contexto, por ejemplo). Incluso, llamó la atención de que algunas víctimas trataban de relatar otras violencias anteriores y no se le permitiera, como tampoco se profundizaba en la cuestión de la habitualidad (Bodelón, 2012).

[424] Si bien esto se debe en parte por las propias limitaciones del proceso penal y su necesidad de subsumir los hechos en figuras penales, en lugar de forzar a las mujeres que sufren violencia a adaptar su relato de lo vivido a las categorías jurídicas, esto podría ser remediado dándoles un adecuado asesoramiento jurídico que

En segundo lugar, las mujeres vuelven a perder su caso en manos del Estado en razón de las reglas sobre la acción penal y su aplicación automática y estandarizada[425].

Estas regulaciones son un fiel ejemplo del androcentrismo, es decir, de normas concebidas y aplicadas sin perspectiva de género. Al respecto, las respuestas punitivas, tradicionalmente patriarcales, se redactaron a espaldas, olvidando y negando, las violencias que preponderantemente afectan a las mujeres, esto es, las violencias machistas (Bodelón, 2012) y sin tomar en cuenta las implicancias de la violencia de género ni la multiplicidad de derechos en juego (Di Corleto, 2013). Por eso, la cuestión acerca de cuál es el régimen de la acción penal que mejor sirve a los intereses de las mujeres —si delitos perseguibles de oficio, o a instancia de parte, y en este último caso, si revocable o no— ha sido y sigue siendo profundamente discutida desde el feminismo, con independencia de los argumentos tradicionales[426].

A favor de la persecución de oficio, se alega que es el mejor régimen para transmitir la gravedad de los hechos, gravedad que, por su parte, suscita un interés público. Entre los Estados que han

---

permita que la víctima primero identifique todas las manifestaciones de la violencia de género, que la denuncia recoja toda la complejidad de la experiencia y que luego se le informe con claridad qué aspectos de dichos daños (por razones jurídicas/formales o probatorias) serán tenidos en cuenta en el proceso y se transformarán en el objeto de investigación (Bodelón, 2015).

[425] Si bien mi análisis aludirá a la poca influencia de la víctima en el impulso y vigencia de la acción penal, estas discusiones bien podrían ser trasladadas a otras decisiones en el marco del procedimiento penal de enorme trascendencia en las que la víctima tampoco puede influir, como la detención del agresor (Véase Larrauri, 2008 y Corsilles, 1994), las alternativas a la prisión (véase Di Corleto, 2013) y el dictado de medidas de protección incluso en contra de su voluntad (véase Larrauri, 2008 y Faraldo Cabana, 2010).

[426] Nótese que en Argentina el delito de lesiones leves —figura en la que suelen subsumirse buena parte de los hechos que denuncian las mujeres— depende de la instancia de la víctima porque históricamente se consideró que se trataba de un delito vinculado con "intereses privados" (Soler, 1992), o porque involucran "infracciones de poca entidad" que afectan mínimamente la convivencia social, por lo cual se prioriza la necesidad de descomprimir la saturación de casos (Aboso, 2012). En el caso de la violencia sexual, por el contrario, sí se tuvo en cuenta la situación de la víctima, ya que el argumento histórico para asignarles ese régimen ha sido el de evitar el strepitus fori (Soler, 1992), que es un argumento similar a los que hoy consideramos la no revictimización (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002).

ratificado la Convención de Belém do Pará, se agrega la obligación de investigarlos y sancionarlos. Además, la persecución de oficio es una herramienta útil para evitar que los fiscales, en virtud de estereotipos y prejuicios de género, utilicen criterios de oportunidad de forma discriminatoria (por ejemplo, porque la víctima no le resulta creíble en razón de sus actividades o su forma de vida) o abusiva[427].

Este régimen, sin embargo, entra en crisis cuando la víctima no desea que se inicie una causa penal o, habiéndolo deseado en algún momento, cambia de opinión.

Quienes defienden el régimen de la persecución de oficio incluso en contra de la voluntad de la víctima, invocan la restringida autonomía de las mujeres que padecen violencia, dada la situación de desigualdad estructural y los componentes de dominación en que se desarrolla la violencia machista. Ante factores tan comunes como la dependencia emocional y económica en el agresor, el miedo, las amenazas, el "síndrome de la indefensión aprendida" y el "círculo de la violencia", si se le diera a la víctima poder de disposición de la acción penal, se estaría siendo funcional a las dinámicas de la violencia de género y, en definitiva, a las estrategias de dominio del agresor.

En razón de todo esto, la persecución de oficio de estos delitos sería mejor para las mujeres que el de la disponibilidad de la acción, ya que este último lleva a que, con la primera manifestación de la víctima, el caso se cierre —o nunca se abra—, sin siquiera una mínima indagación en los motivos por los cuales la víctima toma esa decisión[428]. Por lo demás, los operadores judiciales no cuentan con las herramientas necesarias para identificar los casos (excepcionales) en los que la decisión de la víctima de no involucrarse con la justicia penal es genuinamente libre –y no el resultado de amenazas o apremios económicos o emocionales. Ante la duda, pues, es preferible avanzar con todos.

---

[427] Sobre la aplicación del principio de oportunidad en estos casos, véase CIDH, párrafo 145, Informe 2007.

[428] En el caso de "Opuz c. Turquía" (Petición nº 33401/02, 9 de junio de 2009), donde la Corte Europea de Derechos Humanos declaró la responsabilidad internacional de Turquía por haber fallado en la protección de una mujer contra la violencia doméstica, se señaló que las autoridades no habían indagado en los motivos por los cuales la víctima había retirado sus denuncias previas, pese a que había indicios de que el motivo del desistimiento habían sido las amenazas y presiones a la que tanto la víctima como su madre estaban sometidas por parte del denunciado.

Finalmente, este régimen sería el que ofrecería una mayor protección a la víctima, ya que la decisión de impulsar y avanzar con la acción penal dependería exclusivamente del Estado. Quitándole a la víctima el control sobre la acción —es decir, privándola de la carga y de la responsabilidad de decidir si impulsarla o no, o negándole la posibilidad de "retirar la denuncia"— se la estaría protegiendo contra posibles chantajes o presiones por parte del denunciado, ya que sus intentos por coaccionarla serían en vano —nada de lo que ella haga podrá detener el avance del caso (Corsilles, 1994).

Sin embargo, este régimen ha merecido objeciones también dentro del feminismo, ya que refuerza el estereotipo de la debilidad de las mujeres y, más importante aún, puede tener enormes consecuencias revictimizantes en las mujeres de carne y hueso, sobre todo para quienes no quieren acudir a la justicia penal.

En primer lugar, se alega que la imposición de la herramienta penal incluso en contra de la voluntad de la víctima implicaría la asunción por parte del Estado de un "rol de pedagogo represivo" que a su vez reforzaría la imagen de las mujeres como débiles (Pitch, 2003; Faraldo Cabana, 2010). Al asumir que no tienen autonomía, se las estaría patologizando y negándoles crédito respecto de cuál es la mejor forma de protegerse o de resolver su problema.

En segundo lugar, avanzar en contra de la voluntad de la víctima puede ser revictimizante porque implica forzarla a ejercer ese rol y a involucrarse en el proceso, cuanto menos en su calidad de testigo, lo que a su vez la obligaría a relatar, en contra de su voluntad, cuestiones de su vida íntima y sexual y someterse a peritajes psiquiátricos, psicológicos y médicos, incluso por la fuerza (o la amenaza de ser llevada por la fuerza).

Por lo demás, la persecución de oficio tiende a producir absoluciones, ya que si la víctima desea desistir de la denuncia, lo intentará por todos los medios, o bien negándose a concurrir al debate, o bien —si es traída por la fuerza— al costo de cometer falso testimonio, negando los hechos en el juicio[429].

[429] Hace unos años se conoció el caso de una mujer galesa —Sarah— que, luego de haber denunciado a su marido por violación ante la justicia británica, se retractó —dijo que en realidad la violación no había existido—. Ella terminó condenada por el delito de "desviación de justicia" (perverting the course of justice) —por haber retractado una denuncia sobre un hecho que verdaderamente había existido— y fue condenada a pena de prisión. En apelación, su condena fue modificada a una pena

En este sentido, el sistema penal no está preparado para lidiar con las mujeres que desean perdonar o que no quieren denunciar: solo puede acoger a las mujeres que optan por el castigo del agresor (Larrauri, 2008). Por lo tanto, termina dando respuestas contradictorias: impone la persecución de oficio, para no privatizar el conflicto y evitar represalias mayores, pero a la vez, en los casos donde se avanzó en contra de la voluntad de la víctima, se termina absolviendo al agresor porque ella se niega a declarar contra él, "absolución de la cual, además, se culpabiliza a la mujer, pues se la presenta como la responsable, con su negativa a testificar, de esa absolución" (Larrauri, 2008:125).

En tercer lugar, al tratarse de delitos perseguibles de oficio, los funcionarios que toman conocimiento de los hechos —incluso aquellos que se desempeñan en lugares de asistencia a víctimas— tienen el deber de denunciarlos penalmente, lo cual puede desalentar a las mujeres a acudir a establecimientos médicos o a pedir protección policial o civil para hacer cesar una situación concreta de violencia, pero no desean judicializar la situación en sede penal. Es decir, este régimen termina coartando cualquier otro medio de ayuda alternativo al penal (Larrauri, 2008) y aumenta los niveles de desprotección y exposición al riesgo.

Los regímenes de delitos semi-públicos (que dependen de la denuncia de la víctima, que luego es irrevocable, conocidos en el mundo anglosajón como *no-drop policies*), suscitan problemas similares al régimen de la persecución de oficio, con la particularidad de que la víctima tiene que tomar la decisión de denunciar sabiendo que no podrá luego cambiar de opinión —con todo el estrés que eso puede significar—.

Este régimen es particularmente insensible al hecho de que la mera formulación de la denuncia puede haber logrado la resolución del conflicto (por ejemplo, porque provocó que el agresor cesara en la violencia o abandonara el hogar) —al menos desde el punto de vista de la mujer—.

---

de ejecución condicional. Durante el período en que estuvo en prisión, su marido se llevó a los hijos en común y ella tuvo que litigar para recuperarlos. Este proceso tuvo amplia cobertura y terminó con un pedido de perdón por parte de la Fiscalía General del Estado hacia Sarah. Disponible en http://www.theguardian.com/society/2010/dec/17/retracted-rape-allegations-conviction-challenge. El caso está comentado en Marshall, 2014

También es insensible al hecho de que muchas mujeres ingresan al sistema penal "a tientas", sin estar debidamente informadas sobre lo que implica —o, en palabras de Larrauri, "carecen de información del contrato que están implícitamente firmando cuando acuden a la policía o al juez" (Larrauri, 2008:172)—. En consecuencia, no están preparadas ni para la cantidad de veces que tienen que presentarse a declarar (que suele ser mayor que las veces que suele declarar un testigo o víctima de otro delito), ni para el tipo de peritajes psiquiátricos o médicos al que serán sometidas, ni para la poca influencia que tendrán en decisiones de suma trascendencia. Por lo tanto, las víctimas que luego de formular una denuncia piensan que el proceso avanzará sin demasiados obstáculos suelen luego sentirse insatisfechas (Corsilles, 1994), desilusionadas cuando lo que ocurre no se adapta a las expectativas y sorprendidas, porque el procedimiento —el cual no tiene puerta de salida— implicaba ciertas cargas que tal vez no estaban dispuestas a cumplir.

En síntesis, las críticas contra el sistema de persecución de oficio básicamente se centran en que es un régimen paternalista, revictimizante, riesgoso y desempoderante (Schneider, 2000). La dinámica que se crea entre la víctima y el Estado en los regímenes de intervención de oficio ha sido incluso comparada con la dinámica violenta de la relación con el agresor, ya que este régimen, se alega, implica políticas de control y fuerza que aumentan el daño físico y psicológico de la mujer y alientan sentimientos de culpa, baja autoestima y dependencia (Mills, 1999; Han, 2003).

Adicionalmente, en Argentina, la situación presenta ciertas aristas que la tornan aún más particular, ya que si la justicia penal toma conocimiento de un episodio de violencia que configura distintos delitos con diferente régimen (algunos de acción pública y otros dependientes de instancia privada) y la víctima manifiesta que no es su deseo denunciar, de todas maneras se avanzará (con relación a los perseguibles de oficio). Es decir, se le hará creer que tiene el poder de decidir si judicializar o no su caso en sede penal, pero si ejerce negativamente ese poder, el caso se terminará judicializado en sede penal de todas maneras (respecto de los delitos perseguibles de oficio).

Las consecuencias de esto es que se termina adoptando lo peor de ambas formulaciones: se avanza en contra de la voluntad de la víctima, se desmaterializa la violencia porque de toda una sucesión de hechos se termina diseccionando en episodios aislados y a la vez se invisibilizan los motivos por los cuales las mujeres no desean

denunciar —particularmente grave cuando el motivo es, por ejemplo, que está amenazada o que no tiene a dónde irse si decidiera hacerlo—.

Como se ve, ninguno de estos regímenes hila lo suficientemente fino como para dar cuenta de las particularidades de la violencia de género, ni de la situación y necesidades de las mujeres víctimas: negarles autonomía e imponer la respuesta penal puede resultar revictimizante, pero la reivindicación de la autonomía cuando éstas deciden no denunciar, o retirar su denuncia, parte de una ficción que minimiza las dinámicas y las consecuencias de las relaciones violentas y que deja desprotegido a un importante número de mujeres.

El dilema es una consecuencia obvia del intento por resolver estas situaciones mediante una herramienta diseñada para otro tipo de casos, que involucran hechos por lo general puntuales y cometidos por desconocidos, que no ponen en juego cuestiones íntimas (como la integridad sexual), y que no suelen ocurrir en contextos de violencia de larga data ni involucrar a personas con las que se tiene una relación afectiva.

Las especificidades de los hechos que involucran violencia de género, entonces, nos obligan a rechazar las fórmulas prefabricadas, y a buscar otros instrumentos que puedan reparar en el detalle[430] —y, más importante aún, en las necesidades de las personas reales que esos casos involucran—. De lo contrario, en lugar de empoderar a las mujeres, el sistema penal las reafirmará en el lugar de víctimas.

4.3. Revictimización como consecuencia de las intromisiones e indagaciones indebidas en la intimidad y privacidad

En general, la formulación de cualquier denuncia por hechos de violencia interpersonal le exige a la víctima declarar sobre ciertos aspectos de su vida íntima vinculados con ese hecho. Sin embargo, en las investigaciones de los casos de violencia de género, las intromisiones en la intimidad tienden a ser particularmente invasivas. Si bien ciertas indagaciones pueden estar justificadas en el derecho de defensa, otras muchas responden a estereotipos de género, en

[430] Para un ejemplo de un ejercicio de ese tipo, véase "Opuz vs. Turquía", cit., y el análisis de este caso en Di Corleto, 2013.

virtud de los cuales las autoridades muestran mayor interés en la vida íntima de las víctimas que en esclarecer los hechos y sancionar a los responsables[431].

Este interés se plasma en indagaciones —ya sea a través de preguntas, peritajes y producción de prueba durante la investigación y el juicio— sobre cuestiones que no están relacionadas con los hechos denunciados, sino con la personalidad de la víctima, su pasado sexual[432] y su conducta social. La transformación de las investigaciones en juicios sobre estos aspectos de la vida de las víctimas, las estigmatiza y las revictimiza (Arduino y Sánchez, 2009). Además, es una manifestación de políticas o actitudes basadas en estereotipos y prejuicios de género[433], según los cuales determinadas mujeres son co-responsables de la agresión —porque si fueran "niñas buenas" nada malo les hubiera sucedido (MPD, 2010)—. Estas indagaciones sobre el pasado sexual de la víctima, o sobre su conducta previa a la agresión, "constituyen otros de los mecanismos por medio del cual la justicia penal invade la esfera de intimidad de la víctima, la maltrata y la revictimiza" (MPD, 2010:124).

Otra forma típica en que pueden presentarse intromisiones revictimizantes en la intimidad de las mujeres, es a través de peritajes, tanto físicos, como psicológicos o psiquiátricos. Los primeros son muy frecuentes en casos de violencia física, por ejemplo para acreditar las lesiones, y en los que involucran violencia sexual. En este último grupo de casos, los exámenes no solo están dirigidos a constatar la agresión, sino que suelen tener como fin colectar evidencia forense para avanzar con la investigación. Dada la naturaleza de la violencia

---

[431] CIDH, Informe 2007, párr. 19.

[432] CIDH, Informe 2011, párr. 266.

[433] "Caso Veliz Franco vs. Guatemala", cit., párr. 209 y 212. Para la Corte IDH, esto es así incluso en el caso de que las afirmaciones sobre el modo de vida de la víctima provengan de declaraciones rendidas por testigos y no de los/as funcionarios/as. El Reglamento de la Corte Penal Internacional dispone que serán inadmisibles las pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo (Regla 71). En un sentido similar, la Regla 96 (iv) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY también expresa que la conducta sexual previa de la víctima no será admitida como prueba. En el ámbito local, el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba establece que el/la psicólogo/a a cargo de la entrevista de las víctimas o testigos de algún delito contra la integridad sexual que no tuvieran 16 años al momento de su declaración, evitará y desechará las preguntas referidas a su historia sexual o las relacionadas con asuntos posteriores al hecho (art. 221 bis).

sexual, el cuerpo de la sobreviviente pasa a ser "la escena del crimen", con la particularidad de que será un profesional de la salud —y no un criminalista— quien recoja la evidencia (Campbell, 2012:459). Este tipo de examen es particularmente invasivo, ya que puede consistir en extracción de vello púbico, la realización de hisopados vaginales, anales y bucales para colectar semen, sangre o saliva, la obtención de restos de ADN en las uñas de la víctima, la extracción de sangre y pruebas toxicológicas y de alcoholemia, etcétera.

La Corte IDH, en relación con los "exámenes de integridad sexual", recordó el deber de los Estados de evitar la revictimización. Luego de repasar algunos estándares de la Organización Mundial de Salud respecto de cómo deben realizarse los exámenes ginecológico y anal, señaló que su realización debía estar detalladamente motivada y que, si no fueran procedentes o no se contara con el consentimiento informado de la presunta víctima, debían ser omitidos, en cuyo caso no correspondía desacreditar a la presunta víctima y/o impedir que se continúe con la investigación[434]. En un sentido similar, la Comisión IDH puso de relieve la obligación de evitar que la víctima de violencia sexual sufra una nueva humillación o reviva los hechos al tener que someter las partes más privadas de su cuerpo a un procedimiento de revisión[435].

En relación con las mujeres privadas de libertad que denuncian torturas o violencia sexual, dada la particular situación en la que se encuentran, los exámenes médicos deberán ser realizados por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima prefiera en condiciones tales que ellas puedan relatar con libertad esos maltratos[436].

Finalmente, en el marco de la investigación de delitos contra la integridad sexual se suelen ordenar peritajes psicológicos y/o psiquiátricos sobre las víctimas dirigidos a determinar si tienen "tendencia a fabular" o una "personalidad fabuladora". Este tipo de peritajes, además de poner el foco en la "personalidad" de la víctima, se basan en estereotipos que remiten a las nociones de locura e irracionalidad (la mujer fabuladora, que tiene fantasías e

---

[434] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", cit., párr. 256.

[435] CIDH, "Caso Ana, Beatriz, y Celia González Pérez vs. México", Informe n° 53/01, párrafo 75 del cuatro de abril de 2001.

[436] Corte IDH, Caso J. vs. Perú, cit., párr. 328 y sus citas.

inventa historias), típicamente atribuidos al comportamiento femenino —por oposición a la característica distintiva de la racionalidad, que se suele atribuir al comportamiento masculino (MPD, 2010)—.

Pero aun si no se apelara a la fabulación, la realización automática de exámenes de veracidad en casos donde no hay elementos que indiquen que el relato no es creíble, supone que estas víctimas siempre tienen razones para inventar o tergiversar los hechos denunciados (Casas Becerra y Mera González-Ballesteros, 2004), lo que solo puede afirmarse en dichos estereotipos.

En tanto es precisamente en los casos de violencia sexual —y no en los que involucran otros delitos— en donde existe un cuestionamiento generalizado y automático acerca de la credibilidad y personalidad de la víctima y, por lo tanto, en donde se ordenan estos peritajes, es que estos, además de atentar contra la dignidad y la integridad física, son discriminatorios y revictimizantes (MPD, 2010)[437].

4.4. Revictimización como consecuencia de la privación de atención de emergencia a las víctimas de violencia sexual

Dado el gran daño físico, psicológico y social que produce la violencia de género[438], los Estados tienen la obligación de brindar atención médica, sanitaria y psicológica a las víctimas, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias del hecho[439].

Más aun, en casos de violencia sexual, el objetivo de la reparación debería apuntar no solo a acreditar el hecho denunciado y sancionar penalmente al responsable, sino además ("más importante aún"), a que el Estado ayude a la víctima a enfrentar las consecuencias de la violencia vivida, otorgándole herramientas para que recupere su dignidad como persona, reconstruya su autoestima y reestructure su personalidad[440].

---

[437] Con esto no se pretende quitarle toda relevancia a los exámenes psicológicos. La propia Corte IDH ha reconocido su utilidad en los casos de violencia sexual, aunque dirigidos a medir los daños que no son físicos (Caso J. vs. Perú, cit., párr. 332).

[438] Corte IDH, "Caso Fernández Ortega vs. México", cit., párr. 124, y sus citas.

[439] Ídem, párr. 194.

[440] CIDH, Informe 2011, párr. 292.

La falta de provisión a las víctimas de estos servicios incrementan el daño provocado por el delito y las vuelve a victimizar.

Ejemplo de ello es el incremento del daño a propósito de la privación u obstaculización del derecho de acceder a una interrupción segura y no punible del embarazo que es consecuencia de una agresión sexual. Esta privación deja a las víctimas con una limitada gama de opciones, todas ellas revictimizantes.

La primera es llegar a término con el embarazo, exigencia que ha sido considerada por la Corte Suprema Justicia de la Nación Argentina como desproporcionada y contraria al principio de inviolabilidad de las personas y al postulado que impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar[441].

La segunda opción consiste en solicitar judicialmente la interrupción del embarazo. La Corte Suprema argentina reconoció que el sometimiento de la víctima a un "largo derrotero judicial" a fin de asegurar "su derecho a obtener la interrupción de un embarazo" que es consecuencia de una violación, la obliga a "exponer públicamente su vida privada" y produce demoras que a su vez ponen en riesgo su derecho a la salud y al de la interrupción del embarazo en condiciones seguras[442].

Finalmente, la otra alternativa es la clandestinidad que, como es bien sabido, apareja riesgo vital, además de estigmatización y costos económicos.

Por todo esto, las restricciones al acceso al aborto en condiciones seguras en los casos de violencia sexual revictimizan a las mujeres que la sufrieron y restringen sus derechos sexuales y reproductivos[443].

5. Revictimización como consecuencia de las repetidas convocatorias durante el procedimiento

Los procesos penales que involucran violencia de género se caracterizan por la cantidad de veces que se convoca a la víctima

---

[441] CSN, Fallos 335:197, considerando 16.

[442] Ibídem, considerando 19.

[443] MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, Montevideo, Uruguay, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/DEC.4/14, 19 de septiembre 2014.

para que declare sobre los hechos. La Comisión IDH considera que exigirle múltiples declaraciones a la víctima es una "forma grave de revictimización"[444]. En sentido similar, la Corte IDH ha equiparado el concepto de revictimización al de "reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido"[445].

Esta práctica persiste por diversos motivos: desde prejuicios de género (por ejemplo, no se les cree a las víctimas porque son mujeres y por eso se las cita una y otra vez), falta de formación del personal que toma la denuncia (que produce interrogatorios defectuosos que luego se necesitan ampliar[446]), hasta ciertas disposiciones e interpretaciones de reglas procesales que agregan nuevas razones para citar a la víctima (investigaciones preliminares altamente formalizadas donde, por ejemplo, se exige que las denuncias realizadas en comisarías o centros especializados de recepción de denuncias sean "ratificadas" en sede judicial[447] o la víctima es convocada para aportar información muy puntual como

---

[444] CIDH, párr. 202, Informe 2011.

[445] Corte IDH, "Caso Espinoza González vs. Perú", cit., párr. 256; "Caso J. vs. Perú", cit., párr. 351; "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", cit., párr. 180; "Caso Fernández Ortega y otros vs. México", cit., párr. 196. Para la Corte, forma parte del deber de debida diligencia en la investigación de delitos contra la integridad sexual registrar la declaración de la víctima para evitar o limitar su repetición ("Caso Rosendo Cantú y otra vs. México", cit., párr. 178; "Caso Fernández Ortega y otros vs. México", cit., párr. 194; "Caso J. vs. Perú", párr. 344; "Caso Espinoza González vs. Perú", párr. 249). En un sentido similar, la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional ha hecho hincapié en la necesidad de que las partes coordinen la convocatoria de los testigos, dado que no se permitirá que un mismo testigo sea llamado más de una vez, a menos que existan razones imperiosas para ello Caso n° ICC-01/04-01/07-1665, resolución del 20 de noviembre de 2009 (párrafos. 60 a 83).

[446] CIDH, Informe 2011, párr. 264.

[447] Ídem, párr. 212. En el caso de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, el Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de esa jurisdicción (OVG) consideró que las citaciones a "ratificar" los pedidos de medida de protección eran inadecuadas y excesivas —por la sobrecarga de actividad exigida a quien denuncia y por el dispendio de tiempo que se produce ante situaciones que requieran intervención judicial inmediata— (OVG, Informe: "Monitoreo de Políticas Públicas y Violencia de género", año 2013, disponible en http://www.defensorba.org.ar/bibliotecavirtual/, (último acceso: febrero de 2016) ps. 114/5 (en adelante: OVG, Monitoreo de Políticas Públicas y Violencia de género).

el domicilio de un testigo sin que se acuda a medios más informales y menos esforzados, como el teléfono).

Adicionalmente, los casos de violencia intrafamiliar suelen involucrar delitos conminados con distintas escalas penales (amenazas, lesiones de diferente gravedad, privaciones ilegales de la libertad, violencia sexual, tentativa de homicidio) que, en ciertas jurisdicciones, son competencia de diferentes fueros. Esto puede provocar la investigación y juzgamiento desmembrado de los distintos episodios, lo cual no solo descontextualiza y desmaterializa la violencia, sino que también produce un aumento en la cantidad de convocatorias a la víctima[448].

La inexistencia de un fuero unificado que tramite conjuntamente las cuestiones civiles y penales —o, en su defecto, la falta de articulación entre ambos fueros— también incrementa la cantidad de convocatorias de las denunciantes ya que —en particular en los casos de violencia intrafamiliar— suelen tramitar en simultáneo dos procesos (uno civil y otro penal), lo cual agrega nuevas instancias de contacto de la víctima con el sistema de administración de justicia donde tiene que volver a contar lo sucedido o incluso someterse a distintos peritajes o estudios ordenados en cada uno de los procesos.

Finalmente, la omisión de la búsqueda y recolección de otras pruebas más allá del testimonio de la víctima también contribuye a que tenga que ser citada en múltiples ocasiones ya que pasa a recaer en ella de forma exclusiva la responsabilidad de acreditar el hecho[449].

Estas prácticas repercuten en la duración del proceso y sobrecargan a la víctima, quien debe revivir una y otra vez la victimización, pierde días de trabajo, se somete a largas esperas hasta ser atendida, tiene que costearse el pasaje para ella y para los niños/as

---

[448] Por ejemplo, en varias jurisdicciones de la Argentina existe por un lado la justicia correccional (que interviene para delitos conminados con una pena de hasta tres años de prisión, como las lesiones leves) y la justicia criminal (que interviene en los delitos con una pena en abstracto superior a los tres años, como el abuso sexual). En la Ciudad de Buenos Aires, además, existe la justicia municipal, que interviene en ciertos delitos, como las amenazas simples y los daños. Esto hace que a veces distintos episodios de las violencias machistas que involucran a la misma víctima y al mismo agresor sean investigados en tres procesos diferentes.

[449] Esto fue señalado con preocupación por la Corte IDH por ejemplo en "Caso Rosendo Cantú vs. México", cit., párr. 180.

(cuyo cuidado suele tener a su cargo), y todo ello bajo la constante ansiedad de que el agresor pueda llegar a enterarse de que va a declarar y decida tomar represalias. El sometimiento a esta carga conspira contra el sostenimiento de la denuncia[450] y compromete la integridad física y psíquica de la víctima. Por lo tanto, se trata de una práctica revictimizante que obstaculiza el acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

6. Revictimización a través de prácticas que aumentan el riesgo de padecer nuevas victimizaciones

Es ampliamente reconocido que las mujeres víctimas de violencia en la familia están sometidas a un peligro de victimización reiterada. Por lo tanto, merecen especial atención por parte del Estado[451], el cual deberá proteger, en todas las fases del procedimiento, su integridad física y psicológica.

En esta línea, los diferentes códigos de procedimientos suelen proclamar como derecho de las víctimas la protección de su integridad física[452]. Por su parte, muchos Estados sancionaron legislación en la que se establecen medidas cautelares para proteger a las mujeres víctimas de violencia de género[453].

Paradójicamente, la intervención del sistema de justicia penal en el conflicto tiende a incrementar aún más el riesgo para la víctima, ya que si la mujer formula una denuncia y eventualmente se dictan medidas de protección, se puede dar lugar a represalias por parte del agresor[454]. El desconocimiento de las dinámicas de la violencia

---

[450] OVG, Monitoreo de Políticas Públicas y Violencia de género, p. 114.

[451] Véase Reglas de Brasilia, Numerales 12 y 76.

[452] Véase, en el ámbito federal argentino, CPPN (ley 23.984), artículo 79 inc. "c" y CPPN (ley 27.063), mismo artículo.

[453] En el ámbito argentino, la ley 26.485 prevé una serie de medidas de protección (artículo 26) que podrán ser dictadas por cualquier juez aun sin competencia (artículo 22).

[454] Véase CIHD, "Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos", cit., párr. 166.

machista por parte de los operadores, la desconfianza en lo alegado por las víctimas y/o la percepción del tema como un asunto privado y de baja prioridad[455], empero, produce que las medidas de protección no siempre se utilicen y, si se dictan, no sean supervisadas[456], lo cual puede incrementar el daño sufrido por la víctima y generar responsabilidad del Estado[457].

7. Revictimización por la excesiva duración del procedimiento

El Estado, al recibir una denuncia penal, no solo debe realizar una investigación seria e imparcial, sino que también debe brindar en un plazo razonable una resolución que resuelva el fondo de las circunstancias que le fueron planteadas. Una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales[458].

Si bien la excesiva duración del procedimiento penal es un fenómeno que suele afectar a todas las partes involucradas (sean víctimas o acusadas) y en todos los casos, lo cierto es que la demora afecta diferencialmente a las mujeres víctimas de violencia, ya que las expone al empobrecimiento y a sufrir nuevas victimizaciones. Además, la prolongación desmesurada del proceso puede equipararse, en sus efectos, a la impunidad.

---

[455] CIDH, párr. 166, Informe 2007.

[456] Véase CIDH, párr. 226 a 235, Informe 2011, y párr. 166 a 171, Informe 2007.

[457] Explica Abramovich que, en el caso "Campo Algodonero", la Corte IDH tomó como base para atribuir responsabilidad al Estado por la acción de particulares, la "doctrina del riesgo previsible y evitable". Esta teoría, tomada a su vez del sistema europeo de derecho humanos, no implica atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares en su jurisdicción, sino que está condicionado por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado, y por la posibilidad razonable de prevenir o evitar ese riesgo (Abramovich, 2010). En el caso de "Jessica Lenahan (González) vs. Estados Unidos", cit., la CIDH consideró que el dictado de medidas de protección era una señal de que el Estado sabía del riesgo en que se encontraba la víctima (párr. 132).

[458] Corte IDH, "Caso García Prieto y otro vs. El Salvador". Serie C, n° 168, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 116.

La formalidad y la complejidad del proceso aumentan el costo que produce en la víctima (por estar pendiente del proceso y por el desplazamiento —lo cual afecta especialmente a las mujeres de zonas rurales—), costo que, por cierto, constituye una forma de victimización y una causal de desistimiento de la denuncia[459]. A ello se agrega el desgaste psicológico que acarrea el transcurso del tiempo para la víctima y su familia[460].

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, se señaló cómo, en razón del retardo de las causas judiciales, de su compartimentación y de la falta de apoyo y sostén, el grupo familiar de la víctima se va deteriorando en sus condiciones económicas, de salud y organizacionales. Además, cuando los agresores no cumplen con las medidas de protección dictadas, las mujeres tienen que seguir litigando por sus derechos. Esta situación provoca un perjuicio económico directo, que puede llevar al grupo familiar a la pobreza y muchas veces deriva en el regreso de la mujer con quien ejerce violencia sobre ella o sobre sus hijos por razones económicas[461].

Esos retardos injustificados pueden configurar una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana y 7 de la Convención de Belém do Pará[462]. En un sentido similar, el Comité de CEDAW consideró que la excesiva duración del procedimiento le había causado perjuicios morales y sociales a una víctima de violencia sexual[463].

---

[459] CIDH, Informe 2011, párr. 211, Sentencia de 20 de noviembre de 2007.

[460] Ídem, párr. 214.

[461] OVG, "Monitoreo de Políticas (...)", ps. 153/2.

[462] Véase CIDH, "Caso Maria Da Penha Fernandes vs. Brasil, Informe de Fondo nº 54/01", del 16 de abril de 2001, que involucraba un caso en el que 17 años después de iniciada la investigación, el proceso seguía en trámite en virtud de una actividad judicial deficitaria. En el Informe del caso "González Pérez v. México", cit., la Comisión consideró que había una "total impunidad", ya que a más de seis años desde la fecha en que se cometieron y denunciaron las violaciones de derechos humanos ahí establecidas, el Estado no había cumplido con su deber de juzgar y sancionar a los responsables ni había reparado el daño. En el Informe de 2011, la Comisión menciona el caso de Guatemala, donde en la mayoría de los casos transcurren dos años antes de la apertura a juicio y para obtener una condena en firme se requieren de tres a cuatro años (párr. 214).

[463] CEDAW, "Karen Tayag Vertido vs. Filipinas", Comunicación nº 18/2008, CEDAW/C/46/D/18/2008, párrafo. 8.8, decisión del 16 de julio de 2010.

Pero además, la excesiva duración del proceso puede aumentar el riesgo de que la víctima sufra nuevas victimizaciones y equipararse en sus efectos a la impunidad, lo cual facilita y promueve la repetición de la violencia[164].

V. Conclusiones

Los recientes avances en materia de violencia de género en la región, dan cuenta de los enormes esfuerzos que muchos Estados han emprendido para combatirla.

Sin embargo, removidos ciertos obstáculos que históricamente garantizaban la total impunidad de estos hechos, salieron a la luz las dificultades del sistema de justicia penal para lidiar con casos revestidos de tantas especificidades.

Algunas de esas dificultades son las que se enumeraron en este trabajo. Esa enumeración, sin embargo, no pretendió ser exhaustiva. Tampoco podría serlo, ya que es imposible prever de antemano todas las formas en que un sistema de justicia penal diseñado sin perspectiva de género, incrementará el daño sufrido por las mujeres en su condición de tales.

Si de lo que se trata, entonces, es de erradicar por completo la violencia machista, es fundamental en primer lugar promover una mirada crítica y feminista sobre las maneras en que el sistema de justicia penal, al no reparar en la diversidad, termina reproduciendo la misma violencia que se propone combatir —incrementando el daño psíquico y físico de las víctimas, negándoles autonomía e influencia, humillando y culpabilizándolas, etcétera—. En este sentido, en la lucha contra la violencia de género no se puede soslayar que el Estado, a través de sus intervenciones dirigidas a combatir este fenómeno, también puede ser una usina de violencia: la institucional.

El desafío, pues, es lograr un sistema de justicia penal que no expulse a las mujeres que necesitan utilizarlo, que no atrape a las mujeres que quieren salir, sino que las acompañe en la ruta hacia el empoderamiento y la autonomía.

---

[164] Corte IDH, "Caso Veliz Franco vs. Guatemala", cit., párr. 208 y Espinoza González vs. Perú, cit., párr. 241. En un sentido similar, CIDH, "Caso Maria Da Penha Fernandes vs. Brasil", cit., párr. 56.

Bibliografía

Aboso, Gustavo Eduardo, (2012), *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*, Buenos Aires, B de F.

Arduino, Ileana y Sánchez, Luciana, (2009), "Proceso penal acusatorio y derechos humanos de las mujeres", en *Una agenda para la equidad de género en el sistema de justicia* (Marcela V. Rodríguez y Raquel Asensio, comps.), Buenos Aires, Del Puerto, ps. 59/115.

Abramovich, Víctor, (2010), "Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso 'Campo Algodonero' en la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Anuario de Derechos Humanos*, n°6, Santiago de Chile, Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Beloof, Douglas Evans, (1999), "The third model of criminal process: The victim participation model", en *Utah Law Review*, ps. 289/327.

Bodelón, Encarna, (2008), "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", en *Género, violencia y derecho*, de Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio, Buenos Aires, Del Puerto, ps. 221/240.

— (2012), *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Buenos Aires, Ediciones Didot.

— (2015), "Violencia institucional y violencia de género", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Norteamérica, 48, ene. 2015*, disponible en http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2783/2900).

Campbell, Rebecca, (2012), "Changing the community response to rape: The promise of sexual assault nurse examiner (SANE) programmes", en *Handbook on Sexual Violence*, de Jennifer Brown y Sandra Walklate, Londres y Nueva York, Routledge, ps. 458/474.

Casas Becerra, Lidia, y Mera González-Ballesteros, Alejandra, (2004), "Delitos sexuales y lesiones. La violencia de género en la reforma penal en Chile", Santiago de Chile, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*, publicado en http://www.cejamericas.org/

Cook, Rebecca y Cusak, Simone, (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia.

Corsilles, Angela, (1994), "No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee to Action or Dangeorus Solution?", en *Fordham L. Rev.* 63, p. 853.

Christie, Nils, (1992), "Los conflictos como pertenencia", en *De los Delitos y de las Víctimas* (AA.VV.), Buenos Aires, Ad-Hoc.

Di Corleto, Julieta, (2010), "La construcción legal de la violencia contra las mujeres", en *Justicia, género y violencia*, Julieta Di Corleto (comp.), Buenos Aires, Libraria.

— (2013), "Medidas alternativas a la prisión y violencia de género", en *Género, sexualidades y Derechos Humanos. Revista Electrónica* vol. I, nº 2, Santiago de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Diesen, Christian, (2013), "The importance of reporting rape", publicado en *Phoenix Law Review* 6, p. 933.

Diez, Andrea, y Herrera, Kenia, (2004) *Violencia contra las Mujeres. Tratamiento por parte de la justicia penal de Guatemala.* Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), publicado en: http://www.cejamericas.org/

Faraldo Cabana, Patricia, (2010), "Actuarial Strategies in the Penal Control of Gender Violence", en *Género y sistema penal. Una perspectiva internacional*, Faraldo Cabana (dir.) e Iglesias Skulj (coord), Granada, Comares.

Fohring, Stephanie, (2015), "An integrated model of victimization as an explanation of non-involvement with the criminal justice system", en *International Review of Victimology* 21(1), ps. 45/70.

Han, Erin L., (2013), "Mandatory Arrest and No-Drop Policies: Victim Empowerment in Domestic Violence Cases", en *23 B.C. Third World L. J. 159*.

Ibáñez Rivas, Juana María, (2014), "Artículo 8. Garantías Judiciales", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, por Christian Steiner y Patricia Uribe, Bogotá y Berlín: Fundación Konrad Adenauer, ps. 207/254.

Iglesias Skulj, Agustina, (2013), "Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista", en *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, nº 35, ps. 85/109.

Larrauri, Elena, (2008), *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, Buenos Aires, B de F.

Laxminarayan, Malini, (2013), "Interactional justice, coping and the legal system: Needs of vulnerable victims", en *International Review of Victimology* 19(2), nº 1, ps. 145/158.

Maguire, Mike, (1991), "The Needs and Rights of Victims of Crime. vol. 14", en *Crime and Justice: A Review of Research*, por Michael Tonry, Chicago, The University of Chicago Press, ps. 363.

Marshall, Sandra, (2014), "'It isn't just about you'. Victims of Crime, their Associated Duties and Public Wrongs", en *Criminalization: the Po-*

litical Morality of the Criminal Law, Oxford, UK, NY, NY, Oxford University Press.

Mills, Linda G., (1999), "Killing Her Softly: Intimate Abuse and the Violence of State Intervention", en *113 Harv. L. Rev. 550*.

Ministerio Público de la Defensa —Comisión sobre Temáticas de Género (MPD)—, (2010), *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa.

Orth, Uli (2002), "Secondary Victimization of Crime Victims by Criminal Proceedings", en *Social Justice Research* (Plenum Publishing Corporation) 15, n° 4, ps. 313/325.

Pitch, Tamar, (2003), *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc.

Rubio Castro, Ana, (2005), "Los límites disuasorios del Derecho y su ambivalencia", en *Themis. Revista Jurídica de Igualdad de Género*, n° 0, Madrid, Asociación de Mujeres Juristas Themis.

Walklate, Sandra, (2007), *Imagining the Victim of Crime*, Londres, Open University Press.

Soler, Sebastián, (1992), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA (10ª reimpresión).

Schneider, Elizabeth, (2000), *Battered Women and Feminist Lawmaking*, New Haven, Yale University Press.

Zaffaroni, Raúl, Alagia, Alejandro, y Slokar, Alejandro, (2002), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

CAPÍTULO 12

Mujeres privadas de la libertad: una perspectiva sobre derechos y género en la ejecución penal

Corina Giacomello[465]

1. Introducción

Desde la perspectiva feminista, se afirma, a veces, que las prisiones son sitios pensados y creados por hombres y para hombres y que esto se denotaría en varios aspectos, entre otros, la arquitectura, el reglamento, el régimen disciplinario y la oferta laboral y de capacitación disponible.

La neutralidad aparente del sujeto en conflicto con la ley penal —hombre, heterosexual— se convertiría, entonces, en discriminación en contra de grupos minoritarios, a saber, las mujeres, las personas indígenas y afrodescendientes, las personas con discapacidad y las pertenecientes a la comunidad LGBTI, así como los extranjeros. A las minorías en razón de género, etnia, raza y orientación sexual se añaden contextos de vulnerabilidad que se recrudecerían en el espacio penitenciario: el uso o dependencia de sustancias psicoactivas, ser portador del Virus de la Inmunodeficiencia Humana, ser pobre, analfabeta, etcétera.

Este artículo parte de dos postulados: 1) la condición de persona privada de la libertad es *per se* una condición de vulnerabilidad y 2) la discriminación en razón de género atraviesa todos los demás condicionantes de vulnerabilidad mencionados anteriormente.

---

[465] Investigadora del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

¿Qué significa esto? En primer lugar, que las prisiones no parecieran estar construidas por y para los hombres, sino por los hombres para las no-personas: aquellas a las cuales hay que custodiar para proteger a la sociedad y para que la sociedad no pueda hacerse justicia por su propia mano. Así la prisión sería solo un lugar de custodia. La exclusión de la sociedad del presunto infractor de la ley o del que ya ha sido encontrado culpable por la verdad jurídica —lo cual no quiere decir que lo sea de acuerdo a la verdad de los hechos— es un fin físico inmediato. Este fin se multiplica en varios y cambiantes fines de la pena *per se* y de la pena privativa de libertad como expresión más cruda —mas no la última, si tomamos en cuenta la prisión perpetua y la pena de muerte—: la retribución del daño causado, la readaptación o reinserción del llamado delincuente y la disuasión a través del temor del castigo. Distintos sistemas penales llaman y conciben la prisión en función de bases teóricas, preceptos morales y fines prácticos diversos.

Lo cierto es que esta institución, que se afinó como respuesta al delito en medio de esfuerzos orientados a humanizar el derecho penal y abolir el patíbulo y el capricho del gobernante, se ha convertido en la regla —en lugar de la excepción— que marca la relación entre el Estado y las personas acusadas o sentenciadas culpables de cometer un delito. Y que, en cuanto institución total, despersonaliza a cualquier sujeto, hombre, mujer, transgénero, bisexual, indígena, niño o niña que habite dentro de sus muros (Goffman, 2007).

La vida en prisión, su organización y repetición cotidiana, prepara y educa para un fin principal, que no se encuentra estipulado en ninguna ley, constitución o tratado: sobrevivir en la cárcel. Ese es el único propósito con el cual la institución carcelaria difícilmente puede fallar.

Ahora bien, con respecto al segundo postulado, es decir, la transversalidad de la discriminación en razón de género como detonador de discriminación acumulada en el contexto penitenciario y en relación con otros condicionantes de vulnerabilidad —etnia, raza, situación socio-económica, orientación sexual etcétera—, es por un lado, un legado de la vida afuera de la cárcel y, por otro, un hecho que se recrudece en el sistema penal en su conjunto.

Es decir, no es la consecuencia de una discriminación *ad hoc* de las mujeres en un contexto hecho por y para hombres, sino una discriminación de las mujeres en una institución total que forma parte

de un sistema patriarcal —el sistema de justicia— en su expresión más violenta: la cárcel.

A partir de lo expuesto hasta ahora, el objetivo de este artículo es hablar de la prisión como una medida cautelar o de sanción en la fase de ejecución penal desde la perspectiva de los derechos y de género, con un énfasis en las mujeres privadas de la libertad.

¿Cuántas son las mujeres en prisión? ¿Dónde están? ¿Qué discursos existen alrededor de este grupo? ¿Cómo afecta el encarcelamiento sus vidas? ¿Qué significa hablar de la ejecución penal con perspectiva de género? Éstas son algunas de las preguntas que guían este trabajo.

2. Mujeres privadas de la libertad: un sujeto en aumento

El incremento en el número de mujeres encarceladas ha tenido un impacto en términos de su visibilidad. Tradicionalmente las mujeres en prisión representan una minoría en todos los sistemas penitenciarios del mundo y, hasta entrado el siglo XXI, han despertado el interés y la preocupación únicamente de asociaciones de la sociedad civil y de sociólogas y criminólogas feministas. El aumento de mujeres privadas de la libertad, que se ha registrado con más prominencia desde los años 90, ha ocasionado que organismos internacionales como Naciones Unidas (UNODC, 2008) y la Organización de los Estados Americanos (CIM, 2014) hayan volteado a ver hacia este grupo y sus hijos e hijas.

De acuerdo con datos de la 11° lista de población penitenciaria mundial del Institute for Criminal Policy Research (ICPR) (Walmsley, 2016), en el mundo hay más de diez millones trescientos cincuenta mil personas privadas de la libertad, esperando o cumpliendo una condena. Los países con la mayor población penitenciaria en términos absolutos son Estados Unidos, China, Rusia, Brasil, India, Tailandia, México e Irán. Los países de Sudamérica y del Caribe tienen las tasas de encarcelamiento promedio —es decir, el número de prisioneros por cien mil habitantes— más altas del mundo, 242 y 347 respectivamente. En Europa, por ejemplo, es de 84 y el promedio mundial es de 144 prisioneros por 100 mil habitantes.

Desde el año 2000 la población penitenciaria ha aumentado aproximadamente un 20 %. Nuevamente los países de América

Latina registran los porcentajes más altos de crecimiento a nivel mundial: 80 % en América Central y 145 % en América del Sur. En Estados Unidos, el país considerado la cuna del encarcelamiento masivo, el aumento ha sido de 14 %. En los países de Europa occidental, en cambio, la población penitenciaria ha disminuido en un 21 % entre 2000 y 2015. Cabe señalar que el incremento en la población privada de la libertad ha sido ligeramente mayor que el aumento de la población en general (18 %) (Walmsley, 2016).

Los datos que más llaman la atención se refieren a la población de mujeres en prisión. De acuerdo con la tercera edición de la *World Female Prison Population List* (Walmsley, 2015), las mujeres representan entre 2 % y 9 % de la población penitenciaria total en 80 % de los sistemas penitenciarios. Sin embargo, en el lapso indicado, el número de mujeres reclusas ha aumentado del 50 % —vs. el aumento de 20 % de la población masculina—. Esto implica que el porcentaje de mujeres en prisión en relación a la población penitenciaria total ha pasado de un 5.4 % en 2000 a un 6.8 % en 2015. Estamos hablando de alrededor de más de 700.000 mujeres y niñas en reclusión en 219 sistemas penitenciarios. Otra vez, los países con más mujeres encarceladas sindicadas o sentenciadas son los Estados Unidos (205.400), seguidos por China (103.766 más un número indefinido en prisión preventiva o en "detención administrativa"), Rusia (53.304), Tailandia (44.751), Brasil (37.380), Vietnam (20.553), India (18.188) y México (13.400). El aumento de mujeres en prisión en América Latina y América Central ha sido especialmente pronunciado en Guatemala, El Salvador, Colombia y Brasil.

Este crecimiento numérico es la punta del iceberg de un sustrato cualitativo mucho más complejo y que tiene que ver con dos aspectos principales: el perfil de las mujeres privadas de la libertad y el uso de la prisión como respuesta principal al delito. En el siguiente apartado me enfoco en el primer punto.

3. Violencia, marginación y roles de género antes de la reclusión

A nivel internacional podemos identificar coincidencias entre los análisis de fuentes distintas sobre el perfil de las mujeres privadas de la libertad. Aquí retomo los hallazgos de tres fuentes: un proyecto de la Unión Europea, varias encuestas de la organización

no gubernamental *Penal Reform International*, y una investigación sobre mujeres en prisión en Argentina.

Entre 2002 y 2005 se llevó a cabo una investigación en seis países de la Unión Europea: Italia, Reino Unido, España, Francia, Alemana y Hungría, en la cual participaron instancias de la sociedad civil y académicas (MIP Proyect, 2005). En cada país se realizaron entrevistas con mujeres en prisión y personas que trabajan en el sistema penal. Se revisó el contexto legislativo y de políticas públicas, así como los programas de reinserción para mujeres excarceladas bajo el nombre de proyecto MIP: *Women, Integration and Prison; An analysis of the processes of sociolabour integration of women prisoners in Europe*.

Una de las conclusiones a las que arribó el estudio comparativo es que muchas mujeres en prisión sufren un nivel de exclusión social *antes* de ingresar a prisión. Todos los países reportan que un alto porcentaje de las mujeres en prisión: 1) no cuentan con seguridad económica; 2) nunca han trabajado en su vida, o han tenido empleos mal pagados en la economía informal; 3) no tienen un alojamiento aseguro; 4) tienen bajos niveles educativos; 5) son extranjeras o de algún grupo étnico minoritario; 6) a lo largo de sus vidas han sido víctimas de violencia física y/o sexual por parte de integrantes hombres de sus familias o externos a ella.

La exclusión de las mujeres está condicionada por la pobreza y por determinantes de género, a saber: 1) son madres solteras o principales responsables de sus hijos e hijas; 2) son víctimas de violencia de género; y 3) dependen de sus parejas masculinas. Todos estos factores emergen como condicionantes del camino delictivo o de criminalización de las mujeres.

Las características de las mujeres privadas de la libertad en Europa y los condicionantes de género que marcan sus vidas, las formas de exclusión y los factores de criminalización son parecidos a los hallazgos de estudios en otras latitudes. *Penal Reform International* genera investigación e incidencia en numerosas áreas vinculadas al sistema penal y a la prisión en distintas áreas del mundo. Las mujeres son uno de los temas principales. Entre los numerosos materiales producidos por la organización, disponibles gratuitamente *online*, se destacan una serie de encuestas a mujeres en prisión en distintos países, entre otros Uganda (*Penal Reform International*, 2015), Jordania y Túnez (*Penal Reform International*, 2014), Kazajstán y Kirguistán (*Penal Reform, International*, 2013). Veamos cuáles son los principales hallazgos.

En Uganda, el 76 % de las mujeres entrevistadas se identificó como muy pobre; el 32 % nunca había ido a la escuela; el 37 % había sufrido violencia doméstica.

En Jordania y Túnez las mujeres representan respectivamente 3 % y 2.7 % de la población penitenciaria total. En el primer país, la gran mayoría de las mujeres encuestadas (más de 70%) son jóvenes entre 18 y 40 años. Se identifican como pobres o muy pobres, con niveles educativos inferiores al promedio nacional y adjudican la comisión de un delito a motivos económicos.

En Túnez, las principales causas de encarcelamiento son robo, delitos relacionados con drogas, adulterio y prostitución. El 50 % de la población penitenciaria femenil se encuentra en la prisión femenil Manouba, viviendo hacinadas en celdas con otras 40 o 50 mujeres, donde pasan alrededor de 23 horas al día. El 80 % de las mujeres, tenía, a la hora de la encuesta, entre 18 y 40 años. 49 % eran madres y, de estas, 80 % eran madres de niños y niñas menores de 18 años. En la encuesta se señala que es un porcentaje bajo frente al de otras encuestas, en las cuales 80 % de las mujeres son madres. El nivel socio-económico predominante es pobre o muy pobre.

En Kazajstán los niveles económicos y educativos de las mujeres privadas de la libertad son superiores a los que se encuentran normalmente: 73 % de las encuestadas respondieron tener un nivel económico medio y 91 % tenía niveles de estudios superiores completos o más altos. Esto refleja el nivel económico del país. El 70 % son madres y el 30 % solteras. La mayoría refiere que sus hijos e hijas viven con su familia, y un porcentaje menor con el padre o con la familia paterna. El 27 % estaba acusado de delitos violentos, mientras que la gran mayoría de delitos no violentos. El 30 % estaba en prisión por delitos relacionados con drogas, y otro 30 % estaba relacionado con delitos de fraude fiscal, lo cual refleja los mayores niveles educativos y económicos. En Kirguistán el 70 % de las mujeres encuestadas eran madres, 57 % con nivel económico medio y el 30 % pobre o muy pobre. El 33 % estaba privado de la libertad por delitos violentos, el 32 % por delitos de drogas y el 19 % por robo.

Es importante señalar que el principal delito violento es homicidio u homicidio involuntario de la pareja hombre. De las 27 mujeres encuestadas por delito violento, 15 reportaron que se trató de un acto en defensa propia, 14 que habían sufrido violencia doméstica frecuente, y 10 que habían sido víctimas de violencia sexual.

Viajemos ahora a otra región: América Latina y, en lo particular, Argentina. En 2008 se llevó a cabo el trabajo de campo que dio vida

al libro *Mujeres encarceladas. Los alcances del castigo* (CELS, 2011), producto de un proyecto conjunto del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación, y la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), publicado en 2011. La investigación cualitativa se realizó en siete unidades de alojamiento de mujeres del Servicio Penitenciario Federal de la Argentina. En cuanto al grupo etario, las mujeres encuestadas pertenecen a franjas ligeramente superiores de las que se encuentran en otros estudios: el 73,6 % de las entrevistadas es mayor de 30 años; el 41,2 % tiene entre 30 y 39 años; el 32,4 %, 40 años o más, y solo el 26,4 %, de 18 a 29 años (CELS, 2011:29). Entre los delitos prevalecen conductas no violentas y, en lo específico, delitos relacionados con drogas (50 %), seguidos por delitos contra la propiedad (28 %) y contra las personas (20 %) (CELS, 2011:30).

La maternidad y las responsabilidades de cuidado de niños, niñas y otras personas son marcadores de género que ocupan un lugar primario en la narrativa de las mujeres: 85.8 % afirmó ser madre con un promedio de tres hijos. Además, la mayoría desempeñaba la jefatura de hogares monopartentales (CELS, 2011:35). En cuanto a niveles educativos y económicos, resaltan los niveles bajos y el ejercicio de funciones en sectores de la economía informal y de baja remuneración.

El consenso entre fuentes empíricas de distintas latitudes y épocas nos permite hablar de un "perfil general" de las mujeres en prisión. Un perfil estrechamente relacionado a la exclusión social, la violencia y los marcadores de género. Las mujeres en prisión comparten, dentro de su heterogeneidad, las siguientes características:

- Son mujeres que proceden de contextos de exclusión social, pobreza o extrema pobreza;
- Tienen bajos niveles educativos, a veces menores que el promedio de la población;
- No cuentan con capacitación en el ámbito laboral y suelen tener un historial laboral marcado por la precariedad, el desempleo o el empleo en trabajos de la economía informal mal remunerados;
- Son madres y, en mucho casos, jefas de hogares monoparentales; a menudo no solo son las principales o únicas responsables de sus hijos e hijas sino de otras personas dependientes también, por ejemplo, adultos mayores;
- Han sido víctimas de violencia física y sexual;

• En sus narrativas, el amor, las responsabilidades como madre y la necesidad económica son las principales motivaciones para involucrarse en una actividad delictiva;

• Pueden tener problemas de salud mental y/o dependencia de sustancias psicoactivas que nunca han sido atendidos;

• Son acusadas de delitos no violentos;

• No cuentan con los medios para tener acceso a una defensa adecuada o a pago de fianzas;

• En casos de delitos violentos —generalmente el homicidio de la pareja—, éstos pueden ser en defensa propia o como consecuencias de años o décadas de maltrato. Otro ejemplo de delito violento es el llamado homicidio en razón de parentesco que, en muchos casos, no es más que la criminalización del aborto llevada al extremo y que se traduce en el encarcelamiento de mujeres por 20, 30 años o más (Giacomello, 2014:147/166). Es decir, los "delitos violentos" están relacionados con relaciones de género en un contexto patriarcal y de violencia pública o privada en contra de las mujeres.

Como se afirma en el documento "Mujeres privadas de libertad: una guía para el monitoreo con perspectiva de género":

"Las causas profundas de la condición de vulnerabilidad de las mujeres en prisión se encuentran a menudo fuera de los muros de la prisión, aunque dicha vulnerabilidad se intensifica significativamente en los lugares de privación de libertad" (Penal Reform International, 2013:4).

4. Género y derecho penal

No cabe duda de que la exclusión social sigue fungiendo como un ingreso preferencial a la prisión. Desde luego, la exclusión social y la violencia no son experiencias únicas de las mujeres privadas de la libertad. Desde el incremento de su uso a partir del siglo XVIII, la cárcel ha sido una herramienta de castigo y segregación de los pobres y los marginados (Foucault, 2009).

También los hombres que están en prisión tienen historias de vida a menudo marcadas por situaciones familiares violentas y precarias o el desarrollo en medios sociales donde la construcción de la masculinidad y, por lo tanto, de roles de género, está estrechamente relacionada con la comisión del delito con fines económicos —como

hombre proveedor— y sociales —mostrar valentía y virilidad—. También en las cárceles de hombres encontramos personas jóvenes, con bajos niveles educativos, acusados de robo, delitos de drogas y delitos contra la vida como primeras causas de encarcelamiento. Un estudio sobre el aumento del encarcelamiento en los Estados Unidos (Travis y Western, 2014) —el país con 25 % de la población penitenciaria mundial y apenas 5 % de la población mundial— afirma que las personas encarceladas en los Estados Unidos proceden principalmente de los segmentos más desaventajados de la población. Se trata principalmente de hombres de menos de 40 años, pobres, con bajos niveles educativos y que a menudo sufren de problemas de salud mental o uso dependiente de sustancias psicoactivas. La mayoría tiene una historia laboral marcada por la precariedad y la poca capacitación. Son principalmente afro-descendientes o hispanos, lo cual refleja la discriminación racial y étnica que se registra en los sistemas penitenciarios. En el estudio se reporta que en 2010 las personas de color eran encarceladas a una tasa seis veces mayor que las personas blancas y los hispanos a una tasa de tres veces más que los blancos.

El derecho penal no es la fuente o la causa de la exclusión social, ya que es una condición previa al contacto con el aparato de justicia del Estado. Sin embargo, el derecho penal sí es un catalizador de la exclusión social de la población en general, potencialmente, y de ciertos grupos específicos concretamente. La selección puede ser voluntaria y producto de una política criminal *ad hoc*, por ejemplo las políticas de mano dura en contra de pandillas y organizaciones de traficantes de drogas.

Pero lo que más se observa en la prisión son los efectos de las inercias del sistema penal y su impacto en los sectores más vulnerables de la sociedad. El hecho de que las cárceles estén llenas, superpobladas, de hecho, de personas pobres desde luego no es sinónimo de que los pobres cometen más delitos —o los afrodescendientes, los latinos, los indígenas, los extranjeros, etc.— sino que son las personas más fáciles de aprehender en flagrancia, más expuestas al contacto con las fuerzas de seguridad y más perseguidas.

En el caso de las mujeres, la exclusión asociada a la pobreza y la desigualdad, se acumula en función de variables asociadas con los roles de género y la persistencia de la discriminación y la violencia contra las mujeres. En América Latina, desde los primeros estudios de Rosa del Olmo (Del Olmo, 1996; Del Olmo 1998), Carmen Antony (Antony, 2005; Antony, 2000) y Elena Azaola (Azaola y

Yacamán, 1994), se ha asociado la criminalidad femenina con la feminización de la pobreza y las responsabilidades de cuidado de las mujeres hacia otras personas dependientes. Dicho de otra manera, las mujeres se involucrarían en determinadas conductas delictivas —principalmente robo y delitos relacionados con drogas—, a partir del cumplimiento de roles sociales asociados a los cuidados y la maternidad. Con esto no se quiere afirmar que las mujeres se involucran en presuntas actividades ilícitas únicamente a partir de un papel de víctimas o que no existen otras formas de hacer frente a la pobreza extrema. Simplemente se procura resaltar el contexto de la llamada criminalidad femenina para apuntar a cuestiones que deberían ser tomadas en cuenta por el sistema de justicia y las políticas de prevención y reinserción de mujeres en conflicto con la ley.

La persistencia de relaciones patriarcales en detrimento de las mujeres y de estereotipos que anclan la construcción de la feminidad y la masculinidad a posiciones de poder y reproducción de violencias en razón de género, tienden a subyacer el cómo las mujeres se involucran en algunos delitos, en particular, de nueva cuenta, aquellos relacionados con sustancias psicoactivas controladas. "El amor" (Torres Angarita, 2007) o, dicho de otra manera, las relaciones de dependencia de las mujeres hacia los hombres, constituyen un vector posible de enganche de las mujeres en redes o células delictivas vinculadas al tráfico internacional de las drogas. Las mujeres pueden ser inducidas por la pareja a la pequeña venta de drogas o a la prostitución para sustentar el consumo de sustancias ilícitas propio y de la pareja. Asimismo, la introducción a oportunidades de transportar drogas escondidas en el cuerpo o equipajes a nivel internacional también suele darse por medio del novio o el esposo (Giacomello, 2013). Esto no debe sorprender, puesto que los lugares jerárquicos más altos son ocupados principalmente por hombres, tanto en el ámbito legal como en el ilegal. Sin embargo, la conjunción entre relaciones de género asimétricas y actividades ilícitas puede tener implicaciones a menudo irreversibles, a saber, la aprehensión y el encarcelamiento, que deberían ser atendidos tomando en cuenta este cruce de variables sociales, vuelven mucho más complejo hablar de "delito" sin más.

Probablemente sería equivocado hablar de coerción explícita de las mujeres por parte de los hombres. No obstante, también sería errado sustentar la hipótesis de una agencia plena en el sentido occidental del hombre racional e individual no responde al perfil de las mujeres involucradas en actividades ilícitas (Fleetwood,

2014). Atestiguamos más bien a procesos de "elección obligada", un oxímoron que justamente trata de conjugar, de manera tal vez simplista, la voluntaria adhesión a un camino trazado por circunstancias externas (la pobreza y las responsabilidades de cuidado) y la fuerza coercitiva de la persuasión en un contexto de relaciones de poder en las cuales las mujeres juegan un papel en desventaja (en un marco patriarcal). En mis entrevistas con mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas (Giacomello, 2013) aparecía una fórmula cada vez que la mujer entrevistada se había vinculado al negocio por medio de la pareja hombre —generalmente como mulas internacionales—: "todo va a estar bien". Esta oración, pronunciada por el hombre, concentra las dinámicas de las relaciones de género en contextos de dependencia: el hombre asegura, desde su papel de autoridad y protector, la factibilidad de una acción futura —el tráfico de drogas— y su éxito. Manifiesta, al mismo tiempo, control sobre la situación y la habilidad de proteger y prevenir. Como si con esas palabras previera previendo el futuro y contribuyera a su despliegue. Ese "todo va a estar bien" se traduce en: "vas a poder pasar la droga; no te van a revisar; si te revisan no van a encontrar la droga; si la encuentran no va a pasar nada; y si te detienen yo te saco de la cárcel". En realidad no hay ningún "abracadabra" que pueda impedir que sean aprehendidas. Y, generalmente, si esto acontece, la persona que primero abandona a la mujer en reclusión es el hombre.

Para resumir, las mujeres encarceladas suelen proceder de un contexto previo de vulnerabilidad marcado por la discriminación y la violencia de género, lo que puede incidir en su vinculación con el crimen. Asimismo, suelen ser encarceladas por delitos menores no violentos. Huelga subrayar que el proceso de criminalización y, si es el caso, de encarcelamiento, no refleja los delitos cometidos o por los cuales son acusados los ciudadanos, sino las decisiones de política criminal y el uso —o abuso— que se decide darle a la pena privativa de libertad en la ejecución penal, es decir, "las elecciones de políticas hechas por el poder legislativo de aumentar el uso del encarcelamiento como respuesta al crimen" (Travis y Western, 2014:4) y el ejercicio (o no) de la facultad del Poder Judicial de otorgar medidas alternativas en la fase procesal y de cumplimiento de la sentencia en la ejecución penal.

El cruce entre género y derecho penal se da, por lo tanto, en el involucramiento de las mujeres en determinadas actividades ilícitas y, al mismo tiempo, en el proceso de criminalización. Aquí es

donde intervienen los puntos expuestos previamente. Las mujeres operan en los lugares de mayor exposición: introduciendo drogas a un centro de reclusión, cargando drogas escondidas en su cuerpo o en el equipaje en los puestos fronterizos, vigilando o cuidando a una víctima de secuestro, realizando pequeños robos en las calles o en tiendas de conveniencia. Son muy fáciles de detener porque los delitos que cometen, o de los cuales son acusadas, son detectables en flagrancia. Por ende, no requieren niveles sofisticados de investigación policial. Una vez detenidas, lo más probable es que no cuenten con los medios económicos ni con el capital social para proveerse de una defensa adecuada. Esto es especialmente acentuado en los casos de mujeres indígenas o extranjeras, especialmente aquellas que trabajan como "mulas" del narcotráfico y forman parte de células desagregadas que no brindan apoyo a sus integrantes, ya que estos no son más que contenedores humanos.

Las intersecciones entre relaciones de género, desigualdad, procesos de criminalidad y criminalización visibilizadas hasta ahora, nos llevan a cuestionar abiertamente el uso de la prisión como respuesta en la ejecución penal en casos de mujeres, por lo menos en los casos que responden a las tendencias analizadas en este artículo. Sin embargo, con los datos mostrados al principio de este texto, sobra decir que la prisión sigue desempeñando un lugar prominente, si no protagónico, en la respuesta estatal frente al crimen, e incluso en la fase previa a la emisión de una sentencia, lo que se conoce como prisión preventiva.

Debido a ello, es recomendable caminar en dos sentidos al mismo tiempo: por un lado, luchar por prisiones pensadas a partir de las mujeres y su contexto y, por el otro, explorar opciones de reformas que promuevan la proporcionalidad y la reducción en el uso del encarcelamiento. En los siguientes apartados estudio ambos puntos a partir del análisis de las Reglas de las Naciones Unidas para al Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para Mujeres Delincuentes, conocidas como Reglas de Bangkok (Organización de las Naciones Unidas, 2010) (las Reglas o RdB, de aquí en adelante).

5. Las Reglas de Bangkok

En marzo de 2011 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Reglas de Bangkok, un instrumento que se refiere a

mujeres y niñas en prisión y prescribe unas condiciones carcelarias basadas en el perfil concreto de estas mujeres.

Estas Reglas se suman, mas no sustituyen, otros dos instrumentos: las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos", aprobadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en 1955, —revisadas con el nombre de "Reglas Mandela" en 2015 (Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, 2015)— y las "Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad", conocidas como "Reglas de Tokio", emitidas en 1990 (Organización de las Naciones Unidas, 1990).

En el preámbulo de las Reglas se exponen las razones por las cuales se reconoció la necesidad de un instrumento que abordara de manera específica las condiciones de encarcelamiento de las mujeres:

"Considerando que las reclusas son uno de los grupos vulnerables que tienen necesidades y requisitos específicos.

Consciente de que muchos establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para reclusos de sexo masculino, mientras que el número de reclusas ha aumentado considerablemente a lo largo de los años.

Reconociendo que cierto número de mujeres delincuentes no plantean un riesgo para la sociedad y que, como ocurre en el caso de todos los delincuentes, su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social..."[466].

Emergen los elementos a los que hemos aludido en este capítulo: el perfil de las mujeres en términos sociales y delictivos; el incremento numérico de la población penitenciaria femenil y la falta de perspectiva de género en los establecimientos penitenciarios; y el impacto del encarcelamiento para las mujeres.

Las Reglas incluyen en su contenido a las mujeres bajo arresto y en espera de juicio y a las mujeres condenadas. Asimismo, se refieren a mujeres con necesidades específicas: embarazadas, lactando y con hijas e hijos a cargo (viviendo con ellas en la cárcel o en el exterior), indígenas, extranjeras y de grupos minoritarios. Están divididas en

[466] Las itálicas son mías.

cuatro secciones: la primera comprende la administración general de las instituciones y se aplica a todas las categorías de mujeres privadas de la libertad; la segunda contiene Reglas aplicables a los grupos especiales de cada subsección. La tercera sección se enfoca en la aplicación de sanciones y medidas no privativas de la libertad. La cuarta sección contiene reglas sobre la investigación, planificación, evaluación, sensibilización pública e intercambio de información.

Rebasa los propósitos de este artículo analizar detalladamente el texto de las setenta Reglas. Por ende, refiero solamente algunos ejemplos.

5.1. No discriminación

Regla 1

A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igualdad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria.

Mirar a las mujeres privadas de la libertad no resulta discriminatorio en función de otros grupos, sino que es justamente una manera de hacer frente a la discriminación histórica de la cual han sido objeto. Las medidas diseñadas y aplicadas *ad hoc*, por lo tanto, son medidas orientadas a subsanar la desigualdad y neutralizar la invisibilidad. El paradigma actual, a la hora de asomarnos a ver la situación de las cárceles, es que las personas en prisión no cuentan y las mujeres, por ser minoría y por ser mujeres, cuentan menos. En consecuencia, el diseño de Reglas específicas para mujeres en prisión cumple con un doble objetivo: responder de manera adecuada a las necesidades diferenciadas de las mujeres privadas de la libertad y superar el paradigma universalista con el cual se abordan las políticas penitenciarias, puesto que es un paradigma androcéntrico.

5.2. Cercanía al domicilio

Regla 4

En la medida de lo posible, las mujeres serán enviadas a cárceles cercanas a su hogar o sus centros de rehabilitación social, teniendo presentes sus responsabilidades de cuidado de los niños, así como sus preferencias y la disponibilidad de programas y servicios apropiados.

Generalmente los centros penitenciarios femeniles son escasos, como consecuencia del bajo número de mujeres en prisión frente a los hombres. Esto puede implicar que las mujeres sean alojadas en las pocas cárceles femeniles disponibles, las cuales no necesariamente quedan cerca de su lugar de origen.

En esta Regla se alienta a que las mujeres sean enviadas a centros de reclusión cercanos al domicilio "teniendo presente sus responsabilidades de cuidado de otras personas, así como sus preferencias y disponibilidad de programas y servicios apropiados". La cercanía al domicilio es vista como una condición para garantizar la continuidad de los lazos familiares, que a su vez ofrecen mayor protección a la salud mental de la mujer y un menor abandono de sus hijos e hijas, tanto desde el punto de vista afectivo como económico. No se trata de querer reducir a la mujer en prisión a su papel de cuidadora, sino de dar desahogo a una realidad empírica ineludible, a saber, los roles sociales desempeñados por estas mujeres antes y durante la reclusión.

Es importante señalar que la Regla hace referencia a las preferencias de la mujer también. Esto es muy novedoso para una institución como lo es la penitenciaria, basada en la infantilización de la población y el control total sobre los cuerpos y las decisiones vitales de las personas detenidas. Las Reglas tienden a enfocarse en las mujeres y a ofrecer propuestas basadas en su contexto.

5.3. Criterios de clasificación

Regla 41

Para efectuar una evaluación de riesgos y una clasificación de las reclusas en que se tengan presentes las cuestiones de género, se deberá:

a) Tener en cuenta que *las reclusas plantean un menor riesgo* para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento en las reclusas;

b) Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente *información fundamental sobre sus antecedentes*, como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, *así como sus responsabilidades maternas* y de otra índole relativas al cuidado de los niños;

c) Velar por que en el régimen de cumplimiento de condena de las reclusas se incluyan programas y servicios de rehabilitación que satisfagan las *necesidades propias de su género*;

d) Velar por que se albergue a las reclusas que requieran atención de salud mental en recintos no restrictivos y cuyo régimen de seguridad sea lo menos estricto posible, así como por que reciban tratamiento adecuado en lugar de asignarlas a centros cuyas normas de seguridad sean más rigurosas por la exclusiva razón de tener problemas de salud mental.

Generalmente, los estándares de clasificación se basan en la "peligrosidad" y el delito. La gravedad del delito es asumida como un criterio de clasificación *per se*, de manera totalmente disociada de la vivencia y la individualidad de cada interna. En las Reglas en cambio las mujeres son puestas en el centro y la cárcel debe de ajustarse y tomar en cuenta la historia de cada interna, partiendo de aquellos rasgos que encontramos con frecuencia entre las mujeres en prisión, especialmente los antecedentes de violencia y sus papeles como cuidadoras.

5.4. Maternidad

Un tema que merece mucha atención en las Reglas es la maternidad. Entre 60 % y 80 % de las mujeres en prisión son madres y, como ya se ha referido, muchas son las únicas responsables económicas y de los cuidados de sus familiares. Las RdB abarcan todas las fases del impacto del contacto con el sistema penal y el encarcelamiento sobre las mujeres madres y sus hijos. Por ejemplo, en la Regla 2, se sugiere suspender, si es necesario, la privación de la libertad para que la mujer pueda tomar disposiciones acerca de los hijos que viven afuera de la cárcel, ello para evitar, como acontece

a menudo, que estos niños "se pierdan" o que pierdan el contacto con la madre. En cuanto a la fase de encarcelamiento, se hace énfasis en la importancia de promover que se mantenga el lazo de las mujeres con el mundo exterior, especialmente con sus hijos (Regla 26), que las visitas carcelarias se den en un entorno adecuado (Regla 28), además de una serie de disposiciones que tienen que ven con los niños que viven en prisión con sus madres (Regla 22, 23, 50 y 51, entre otras) y con las mujeres embarazadas (Regla 48). El interés superior del niño constituye el eje central de estas disposiciones (Regla 49 y 52). En ese sentido apuntan también las Reglas orientadas a las medidas no privativas de la libertad.

5.5. Medidas alternativas

La tercera sección de las RdB se refiere a las medidas no privativas de la libertad e incluye las Reglas de la 57 a la 66. Veamos algunos ejemplos.

Regla 57

Las disposiciones de las Reglas de Tokio servirán de orientación para la elaboración y puesta en práctica de respuestas apropiadas ante la delincuencia femenina. En el marco de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, se deberán elaborar *medidas opcionales y alternativas a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas.*

Regla 60

Se preverán recursos apropiados a fin de elaborar opciones satisfactorias para las delincuentes, en las que *se conjuguen las medidas no privativas de la libertad con intervenciones destinadas a resolver los problemas más habituales por los que las mujeres entran en contacto con el sistema de justicia penal.* Entre ellas podrán figurar cursos terapéuticos y orientación para las víctimas de violencia en el hogar y maltrato sexual, un tratamiento adecuado para las que sufran discapacidad mental, y programas de educación y capacitación para aumentar sus posibilidades de empleo. En esos programas se tendrá presente la necesidad

de establecer servicios de atención a los niños y otros destinados exclusivamente a la mujer.

Regla 64

Cuando sea posible y *apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo*, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños.

Las medidas alternativas no son la panacea. Sin embargo son una herramienta sub-utilizada frente a la prisión y una respuesta probablemente más proporcional y eficaz ante el contexto de las mujeres, especialmente su historial de victimización y su rol de cuidadoras y los delitos de las cuales son acusadas. Las RdB son enfáticas en sus recomendaciones, especialmente en lo pertinente a las mujeres madres y embarazadas, y a la necesidad de que las medidas alternativas coadyuven a atender, y modificar, las condiciones que a menudo subyacen los procesos de criminalidad y criminalización de las mujeres.

En este sentido, se exige una triple tarea: en primer lugar con el poder legislativo, para plasmar en las leyes las alternativas a la prisión en la ejecución penal. En segundo lugar, la defensa de las acusadas, para que desempeñe un papel activo. Y, tal vez más importante todavía, el papel de las y los impartidores de justicia, quienes finalmente tienen la facultad de imponer o revocar una medida cautelar o una sanción alterna.

Ahora bien, la medida alternativa no puede limitarse —aunque ya es un inicio— a fungir como sustitutivo de la prisión, sino debe estar acompañada de medidas razonables de acompañamiento de las mujeres, atendiendo los antecedentes de violencia así como su vulnerabilidad socio-económica y escasa o nula capacitación educativa y para el trabajo. Para ello se requiere de la voluntad y del esfuerzo concertado de diversas instituciones que trabajen en consonancia con las y los defensores, el poder judicial y, en el caso de regímenes penitenciarios mixtos, con los centros de reclusión.

Costa Rica se destaca como un ejemplo interesante. En 2013 se aprobó la ley 9161, por la cual se introdujo el artículo 77 bis y

se modificó la ley 8203 sobre Psicotrópicos (Cortés, 2013). Anteriormente en Costa Rica se preveía una única penalidad para los delitos de drogas, a saber, una pena de prisión de entre 8 y 20 años. A partir de un estudio empírico en la cárcel de mujeres El Buen Pastor se demostró cómo 65.5 % de las mujeres condenadas estaban acusadas de delitos de drogas (Molina Murillo, 2015). De este porcentaje, 23.5 % habían sido condenadas por introducir drogas a los centros penales. Con el liderazgo de la Defensa Pública de Costa Rica se realizó una investigación cuantitativa y cualitativa que mostró el perfil de estas mujeres, coincidente con el perfil en el cual he insistido en estas páginas: 63 % era menores de 35 años; 99 % no había completado la secundaria y 5 % no sabía leer ni escribir; 71 % era ama de casa y el resto realizaba oficios sin estabilidad, como servicios domésticos, o eran comerciantes informales, dependientes de tiendas, jornaleras, estilistas o ejercían la prostitución; 67 % no tenía pareja; 97 % tenía por lo menos un hijo/a y algunas mujeres tenían hasta cuatro hijos.

Estos datos, aunados a las historias de vida de las mujeres, fueron clave para lograr la introducción del citado artículo y obtener una modificación de la pena, pasando a una penalidad de 3 a 8 años para aquellas mujeres que presenten una de las siguientes condiciones de vulnerabilidad: se encuentre en condición de pobreza; sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad; tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo; sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad.

Ahora bien, la pena de tres años conlleva la posibilidad de cumplir la sentencia en libertad. Para otorgar un sentido pleno a la sanción se generó una Red de Derivación Interinstitucional. En las palabras de la Defensora Pública de Costa Rica, Zhuyem Molina, "La Red nace como un proyecto a favor de las mujeres vinculadas al proceso penal, con el objetivo de cambiar y transformar su situación social y económica, especialmente de las mujeres privadas de libertad, a través de subsidios económicos, becas, empredurismo y apoyo con la red de cuido de los hijos e hijas de estas mujeres para que ellas puedan trabajar y estudiar. El impacto de esta red a nivel de sistema penitenciario se resume, en primera instancia, en que hay usuarias que no han ingresado a prisión porque han podido cumplir y resolver su proceso penal con solución alterna, y gracias a las organizaciones se han podido diseñar planes reparadores considerandos sus necesidades particulares" (Molina Murillo, 2015: 68/69).

6. Reflexiones finales

Hablar de mujeres en prisión implica hablar de continuidades y rupturas. Los rostros que habitan la cárcel no son vistos no solo porque están atrás de los muros de la prisión, sino porque proceden de los conglomerados que no son vistos *per se* desde antes. Una mujer encarcelada es, en muchas ocasiones, una víctima que no ha sido atendida. Es el caso de Claudia, una mujer a la cual pude entrevistar entre 2009 y 2011. Violada a los nueve años por su padre, huyó de su casa porque su mamá no le creyó. Víctima de violación y de los estereotipos de género —por los cuales las mujeres, incluso las niñas, o mienten o bien son culpables de provocar a los hombres—, se fue a vivir a la calle. Allí empezó a consumir pasta base, vivía de limpiar parabrisas en los semáforos y de la prostitución. Un día, en un parque de la Ciudad de México, estaba consumiendo pasta base con un compañero usuario. Llegaron los policías justo cuando ella le estaba pasando unos envoltorios de drogas a su acompañante. Fue acusada de venta y sentenciada a diez años de prisión. Ella es uno de los números que atestiguan los éxitos de la guerra contra las drogas. Es también una de esas 700.000 mujeres a las que se refieren los datos internacionales. Ella es, a todas luces, "una delincuente". La historia de Claudia es más elocuente que cualquier reflexión. No cabe duda de que la situación actual de las cárceles no parece reflejar una racional lucha contra el crimen, sino una irrefrenable inercia de castigos desproporcionados y perniciosos.

El movimiento debe ser indubitablemente hacia la reducción en el uso de la prisión, en fase preventiva y de condena, hacia la despenalización y, en la fase de procuración, el sobreseimiento y la derivación.

El uso de medidas alternativas debe ser acompañado, en los casos de las personas que así lo acepten voluntariamente, en la construcción de alternativas viables. Éstas deberían estar basadas, como se insiste en las Reglas de Bangkok, en el perfil real, concreto de las personas en general, y de las mujeres en particular, y no en un supuesto sujeto penal abstracto, puesto que ni su neutralidad ni la agencia absoluta que se le atribuye responden necesariamente a todos los casos de las personas que, por distintas razones y mediante caminos construidos a través del género y otros atributos identitarios y sociales, se ven capturados por el sistema de justicia penal.

Bibliografía

Almeda, Elizabeth, (2002), *Corregir y castigar; el ayer y hoy de las cárceles de mujeres*, Barcelona, Edicions Bellaterra.

Antony García, Carmen, (2005), *Estudio sobre violencia de género: mujeres transgresoras*, Ciudad de Panamá, Universidad de Panamá, Instituto de la Mujer.

— (2000), *Las mujeres confinadas: estudio criminológico sobre el rol genérico en la ejecución de la pena en Chile y América Latina*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Azaola, Elena, y Cristina J. Yacamán, (1994), *Las mujeres olvidadas. Un estudio sobre la situación actual de las cárceles de mujeres en la República Mexicana*, México, El Colegio de México, CNDH.

Beccaria, Cesare, (2005) [1794], *Dei delitti e delle pene*, Roma, I Classici, Universale Economica Feltrinelli, doceava edición.

Carlen, Pat (coord.), (2005), *Women and punishment. The struggle for justice*, Portland, Willan Publishing.

CELS *et al.*, (2011), *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI.

CIM, (2014), *Mujeres y drogas en las Américas. Un diagnóstico de política en construcción*, Washington DC, OEA.

Del Olmo, Rosa, (1996), *Reclusión de mujeres por delitos de drogas. Reflexiones Iniciales*. http://www.cicad.oas.org.

— (coord.), (1998), *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*, Caracas, Nueva Sociedad.

Drucker, Ernest, (2011), *A plague of prisons. The epidemiology of mass incarceration in America*, New York-London, The New Press.

Fleetwood, Jennifer, (2014), *Drug mules. Women in the international cocaine trade*, London, Palgrave Macmillan.

Foucault, Michel, (2009), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

Giacomello, Corina (comp.), (2015), *Derechos políticos y ciudadanía de mujeres privadas de la libertad. De objetos de normas a sujetos de derechos*, México DF, disponible en http://portales.te.gob.mx

— (2013), *Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*, México, Tirant Lo Blanch.

Goffman, Erving, (2007), *Internados: ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Buenos Aires, Amorrortu Editores.

Melossi, Dario, y Pavarini, Massimo, (2008), *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI y XIX)*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.

MIP Project, (2005), *Women, Integration and Prison: An Analysis of the Processes of Socio-Labor Integration of Women Prisoners in Europe*, European Commission, SURT Association. Barcelona: AUREA Editors.

Penal Reform International, (2013), *Who are women prisoners? Survey Results from Kazakhstan and Kyrgyzstan*, London, disponible en http://www.penalreform.org

— Asociación para la Prevención de la Tortura, (2013), *Mujeres privadas de la libertad: una guía para el monitoreo con perspectiva de género*, Londres- Ginebra, disponible en http://www.apt.ch

— (2014), *Who are women prisoners? Survey Results from Jordan and Tunisia*, disponible en http://www.penalreform.org

— (2015), *Who are women prisoners? Survey Results from Uganda*, London, disponible en http://www.penalreform.org

Romero Mendoza, Martha (coord.), (2004), *Mujeres en prisión: una mirada a la salud mental*. México, INCAPE.

Renoldi, Brígida, (2008), *Narcotráfico y justicia en Argentina. La autoridad de lo escrito en el juicio oral*, Buenos Aires, Editorial Antropofagia.

Scott, Joan Wallach, (2008), *Género e historia*, México, Fondo de Cultura Económica, UACM.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, (2014), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, disponible en http://www.sitios.scjn.gob.mx

Torres Angarita, Andreina Isabel, (2008), *Drogas y criminalidad femenina en Ecuador. El amor en la experiencia de las mulas*, Quito, FLACSO sede Ecuador.

Travis, Jeremy y Western, Bruce (eds.), (2014), *The growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, USA, National Research Council.

UNODC, (2008), *Handbook for prison managers and policymakers on women and imprisonment*, disponible en http://www.unodc.org

Walmsley, Roy, (2015), *World Female Imprisonment List*, disponible en http://www.prisonstudies.org

—(2016), *World Prison Population List*, disponible en http://www.prisonstudies.org

CAPÍTULO 13

El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as

Marta Monclús Masó[457]

I. Introducción

Este trabajo pretende hacer un balance de la aplicación del arresto domiciliario a las mujeres embarazadas o madres de niños pequeños, a ocho años de la introducción de la previsión legal del artículo 32 de la Ley de Ejecución y 10 del Código Penal mediante ley 26.472, de 17 de diciembre de 2008.

No obstante el análisis de algunos datos estadísticos muestra cierto descenso del encierro a mujeres con niños a partir del año 2009, el estudio de casos concretos, contrapuestos con la legislación vigente, así como también como con los estándares internacionales relativos al arresto domiciliario, sugieren que la hermenéutica judicial aún presenta fuertes limitaciones, por lo que ofreceremos interpretaciones alternativas para reducir el uso del encarcelamiento de las mujeres madres.

---

[457] Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y Directora del Observatorio de Cárceles Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

2. Normativa y estándares internacionales aplicables al arresto domiciliario

La legislación argentina contiene dos previsiones destinadas a evitar la ruptura del vínculo materno filial en el caso de mujeres en conflicto con la ley penal que son madres de niños de corta edad. La primera, en el artículo 195 de la Ley de Ejecución 24.660, permite que las mujeres encarceladas tengan con ellas a sus hijos hasta los cuatro años de edad. Y la segunda, que las madres de niños de hasta cinco años de edad cumplan su encierro en régimen de arresto domiciliario.

En efecto, la Ley de Ejecución 24.660 y el Código Penal prevén la posibilidad de sustituir la pena de prisión por un arresto domiciliario en caso de colectivos especialmente vulnerables, como personas enfermas, detenidos mayores de setenta años, mujeres embarazadas, con hijos menores de cinco años o a cargo de una persona con discapacidad y el Código Procesal Penal de la Nación permite en los mismos supuestos el cumplimiento de la prisión preventiva en detención domiciliaria.

En el caso de las mujeres, la posibilidad de acceder a un arresto domiciliario por el hecho de ser madres de niños de hasta cinco años de edad, o por estar embarazadas, constituyó una novedad de la ampliación de dicho instituto sustitutivo efectuada en el año 2008 mediante la ley 26.472[468].

Así, el artículo 32 de la ley 24.660 prescribe que "[e]l Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: e) A la mujer embarazada f) A la madre de un niño menor de cinco (5) años". Y el artículo 10 CP establece que "[p]odrán, a criterio del juez competente, cumplir la pena de reclusión o prisión en detención domiciliaria: (...) e) La mujer embarazada (...) f) La madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad a su cargo". En correspondencia con lo anterior, en el capítulo relativo a la prisión preventiva, el artículo 314 del Código Procesal Penal de la Nación —que no fue modificado— establece: "El juez ordenará la detención domicilia-

[468] Sobre los antecedentes y desarrollo del proceso de modificación legislativa puede consultarse Di Corleto/ Monclús Masó, 2009:285/302. Ver también Varela, 2007; Palliotti, 2008.

ria de las personas a las cuales pueda corresponder de acuerdo al Código Penal, cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio".

Con anterioridad, la Ley de Ejecución solo preveía que las mujeres pudieran tener con ellas en prisión a sus hijos pequeños hasta que cumpliesen los cuatro años de edad, lo cual mantiene vigencia[469].

Esta reforma viene a conciliar la legislación nacional con los estándares internacionales de protección de derechos humanos.

Desde el año 1994 la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) tiene jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. En su Preámbulo, reconoce que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia". Luego, en su artículo 3 establece como principio rector la *consideración primordial* del interés superior del niño, "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos".

Asimismo, el artículo 9 de la Convención declara la obligación de los Estados de velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.

Al respecto, el Comité sobre los Derechos del Niño de la ONU sostuvo que "Cuando la acusada tenga la responsabilidad de atender a un hijo, el Comité recomienda que profesionales competentes consideren cuidadosa e independientemente el principio del interés superior del niño (art. 3) y que ello se tenga en cuenta en todas las decisiones relacionadas con la detención, en particular la detención provisional y la condena"[470].

---

[469] Artículo 195: "La interna podrá retener consigo a sus hijos menores de cuatro años. Cuando se encuentre justificado, se organizará un jardín maternal a cargo de personal calificado".

[470] Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales: Tailandia, CRC/C/THA/CO/2, párrafo 48. Véase también: Examen de los Informes Enviados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones finales: Filipinas, CRC/C/15/Add.259, párrafos 53/54.

Por su parte el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Profundizando la anterior premisa, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo".

Desde una perspectiva de género, la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) destaca en su preámbulo "el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos".

En 2013 el Secretario General de las Naciones Unidas presentó ante la Asamblea General el informe elaborado por Rashida Manjoo, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer. El documento, titulado "Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las mujeres", enmarca la situación de las madres con hijos en prisión en el contexto de la violencia de género, al señalar la necesidad de tener más en cuenta la prespectiva de género y abogando por reducir el número de mujeres encarceladas en todo el mundo[471].

A ello hay que agregar que la prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del año 1990. Según la Regla 1.5 su finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado.

Por otro lado, las Reglas de Bangkok, "Reglas de la ONU para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes", aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2010, disponen en la Regla 57 que los Estados "deberán elaborar medidas opcionales y alternativas

[471] Ver http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/02/report-de-manjoo-a-la-AG-2013-sp.pdf

a la prisión preventiva y la condena, concebidas específicamente para las mujeres delincuentes, teniendo presente el historial de victimización de muchas de ellas y sus responsabilidades de cuidado de otras personas".

También se señala en la regla 64 que "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños".

Las referencias anteriores ponen de manifiesto que la regulación del arresto domiciliario para mujeres madres prevista en los artículos 32, ley 24.660, 10 CP y 314 CPPN constituye una normativa dirigida a implementar los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en la materia. Pero para que su cumplimiento sea efectivo, es necesario que dicha normativa sea aplicada por los jueces mediante una interpretación acorde a los referidos tratados internacionales.

3. Algunos datos estadísticos

Las estadísticas de SNEEP 2015 indican que a diciembre de ese año había un total de 2.963 mujeres en las cárceles argentinas, que constituían el 4 % de la población carcelaria del país. 140 tenían hijos menores de cuatro años con ellas en la cárcel, lo que a su vez constituía el 5 % de las mujeres presas. Para el caso del SPF, a diciembre de 2015 había 726 mujeres presas, de las cuales 34 tenían con ellas en la cárcel a hijos menores de cuatro años. Las madres con niños en el SPF se alojan en la U.31 de Ezeiza y en el CPF III de Güemes (Salta).

No existen estadísticas oficiales acerca de la cantidad de mujeres en conflicto con la ley penal que se encuentran detenidas bajo la modalidad de arresto domiciliario[472]. Por otro lado, las estadísticas

[472] En 2013 la Procuración Penitenciaria de la Nación efectuó un pedido de informes a todas las cárceles federales de mujeres consultando la cantidad de arrestos

de mujeres con niños en prisión no comprenden los datos de todas las mujeres madres de niños menores de cuatro años, pues una parte importante decide no mantener a sus niños en prisión pese a que la Ley de Ejecución lo autorice. Por lo tanto, no tenemos información acerca de la cantidad total de mujeres presas en la Argentina que son madres de niños menores de cinco años[473].

Pero sabemos que la inmensa mayoría de las presas son madres —en un 86 %—, y antes de la detención ejercían la jefatura del hogar, teniendo a su cargo la manutención de la familia y la crianza de los niños. Esto significa que el encarcelamiento de estas mujeres comporta un aumento de la vulnerabilidad de sus hogares, cuando no su desmembramiento y el desamparo de los menores. Esto ha llevado a sostener la desproporción del castigo de las mujeres, que en la mayoría de los casos son encarceladas por delitos no violentos (CELS/DGN/PPN, 2011). Como señala Naredo (1999:199):

"si la pena de prisión es un sufrimiento desproporcionado en la mayoría de los casos, cuando implica la pérdida o el deterioro de un vínculo como el materno-filial, esta desproporción del dolor institucional llega a su máxima cota. Ello nos lleva a decir que la situación de estas mujeres —algunas viviendo con sus hijos en la cárcel y otras obligadas a separarse de ellos— es

---

domiciliarios concedidos en el transcurso del año, obteniendo una cifra total de 133 arrestos concedidos a mujeres que se encontraban detenidas en cárceles del SPF. Ver Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2013:305.

[473] Esta falta de información es un problema común en toda América Latina. Como se señala en el informe Invisibles ¿hasta cuándo?, ningún país de la región documenta o registra de forma sistemática el número de hijos de las personas privadas de libertad. La ausencia de información confiable sobre el sistema penal ha sido señalada recientemente por la Procuración Penitenciaria de la Nación mediante la Recomendación nº 820, donde se destaca la obligación del Estado de producir y publicar información confiable acerca de las personas privadas de su libertad y de todos los lugares de encierro existentes en el territorio nacional, entendiendo que ello resulta fundamental para el control democrático de las cárceles y otros lugares de detención. En sentido similar también se pronunció la Procuraduría de Violencia Institucional (PROCUVIN) acerca de la falta de datos certeros sobre el sistema penal, recomendando la creación de un registro único de detenidos. Ver Recomendación PPN: http://www.ppn.gov.ar/?q=Recomendacion_de_la_PPN_sobre_acceso_a_informacion_relativa_a_las_personas_privadas_de_libertad_en_cualquier_lugar_de_detencion. Ver informe Procuvin: http://www.fiscales.gob.ar/violencia-institucional/la-procuvin-promueve-la-creacion-de-un-registro-unico-de-detenidos/

quizá el mejor ejemplo de la falta de humanidad del sistema punitivo actual y de la desproporción de la respuesta estatal frente a la mayoría de los delitos.

A continuación se incluye una tabla con los datos disponibles sobre la cantidad de presas en Argentina y el SPF, y el total de ellas que convive con sus hijos menores de cuatro años en prisión.

Evolución madres y niños en prisión en Argentina y SPF. Años 2008-2014

TOTAL ARGENTINA				SPF		
Año	Mujeres presas	Madres con hijos en prisión	% Madres con hijos en prisión	Mujeres presas	Madres con hijos en prisión	% Madres con hijos en prisión
2003	2294	190	8%	791	86	11%
2004	2621	196	7%	1010	85	8%
2005	2172	180	8%	1105	84	8%
2006	2791	202	7%	1106	80	7%
2007	2804	185	7%	1040	74	7%
2008	2807	186	7%	940	79	8%
2009	2633	146	6%	817	47	6%
2010	2719	142	5%	780	39	5%
2011	2911	164	6%	819	52	6%
2012	2854	148	5%	790	49	6%
2013	2839	164	6%	760	40	5%
2014	2.989	162	5%	735	38	5%
2015	2.963	140	5%	726	34	5%

Fuente: Elaboración propia en base a las estadísticas del SNEEP

Las estadísticas del conjunto de la Argentina muestran datos muy oscilantes de cantidad de mujeres presas, se observa a partir del año 2009 un leve descenso de las madres con hijos en prisión. En el caso del Servicio Penitenciario Federal, luego del aumento de mujeres presas que se produjo entre los años 2004 y 2007, se inicia un descenso significativo, que observado conjuntamente con las cifras de madres con hijos en prisión, puede relacionarse —al menos en parte— con la ampliación de los supuestos para acceder

al arresto domiciliario efectuada mediante ley 26.472, de 17 de diciembre de 2008. En diciembre de 2009, a un año de vigencia del arresto domiciliario para madres de niños de hasta cinco años de edad, se observa una importante reducción en la cifra de madres en prisión, lo que con bastante probabilidad constituye un impacto de la referida modificación.

No obstante, los datos de los años sucesivos también muestran los límites de la reforma, pues lo cierto es que luego de ocho años de vigencia del supuesto legal que habilita el arresto domiciliario, seguimos encontrando entre treinta y cuarenta mujeres conviviendo con sus niños al interior del Servicio Penitenciario Federal[474].

4. Balance de su aplicación jurisprudencial a ocho años de la aprobación del supuesto legal

En este apartado analizaremos los fallos de la justicia nacional y federal relativos a la aplicación del arresto domiciliario a mujeres madres en conflicto con la ley penal. En particular, prestaremos especial atención a la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, aunque también examinaremos algunos fallos de otros tribunales. En el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hemos encontrado un único pronunciamiento al respecto.

Nos centraremos en particular en la jurisprudencia emitida luego de la ley 26.472 que incluyó formalmente los supuestos de mujer embarazada y madre de niños de hasta cinco años de edad o personas discapacitadas a cargo. No obstante debemos señalar que con anterioridad ya existía una relevante cantidad de pronunciamientos judiciales que concedieron arrestos domiciliarios en estos supuestos haciendo prevalecer el interés superior del menor, entendiendo que el rango constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño justificaba la aplicación analógica de la previsión legal entonces existente[475].

---

[474] Según la Síntesis semanal de población penal de 31/12/16 elaborada por la Dirección de Judicial del SPF, en esa fecha había 31 mujeres con niños menores de 4 años alojados junto a sus madres en cárceles federales.

[475] Para una completa compilación de la jurisprudencia sobre el tema existente con anterioridad a la ampliación de los supuestos de arresto domiciliario, ver Ministerio Público de la Defensa, Unicef, 2008.

La Corte Suprema se pronunció en el caso "Fernández, Ana María", en junio de 2013, donde dejó sin efecto la sentencia de la Sala de Feria de la Cámara de Casación que había confirmado la denegación del arresto domiciliario previamente resuelta por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 24[176]. Lo escueto del pronunciamiento del máximo tribunal se compensa en parte por el dictamen de la Procuración General de la Nación, que acoge un criterio amplio de procedencia del arresto domiciliario.

La Cámara de Casación sostuvo su denegatoria argumentando que el niño no estaba en una "situación de desamparo" o de "inseguridad material o moral"[177], pero como señala la Procuradora General, el criterio de interpretación debió ser inverso: el tribunal debía conceder el arresto domiciliario si era la mejor solución para proteger los derechos del niño, y solo rechazarlo "si acreditaba que existían circunstancias excepcionales que demostraban que su interés superior quedaba mejor tutelado si permanece en prisión con su madre, o separándolo de ella".

El dictamen de la Procuración también señala que "crecer en una prisión para adultos no puede constituir, de ningún modo, el mejor entorno para el desarrollo de un niño e incluso puede ocasionarle graves perjuicios. Por su lado, el mantenimiento del vínculo materno filial es esencial en los primeros años de vida para el desarrollo psicofísico y emocional de las niñas y niños". Máxime —sigue diciendo— cuando el contacto permanente con la madre se convierte en

---

[176] CSJN, "Fernández, Ana María s/causa nº 17.156", rta. 18/06/2013. Radicadas nuevamente las actuaciones ante la CFCP, la Sala III —conformada por los Dres. Hornos, Borisky y Madueño— concedió el arresto domiciliario. CFCP, Sala III, "FAM", 12/07/2013, en Abeledo Perrot nº AR/JUR/27979/2013.

[177] CFCP, Sala de feria, "FAM", 10/01/2013, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/33/2013. El fallo de Casación, con la mayoría conformada por los doctores Catucci y Riggi, también sostuvo la denegación del arresto señalando que la unidad carcelaria "cuenta con instalaciones aptas para albergar a madres con niños menores de edad, brindándoles condiciones apropiadas para su desarrollo integral y asistencia médica necesaria", pese a la presentación como amicuscuriae de la Procuración Penitenciaria de la Nación dando cuenta de las múltiples deficiencias de la Unidad 31 del SPF y de su inadecuación para el alojamiento de niños. Además, como lo señala el voto minoritario de la Dra. Ledesma, la recurrente es la madre biológica que amamanta a su hijo, por lo que el fallo del TOC pareciera traslucir discriminación por la orientación sexual cuando señala que "existe otra madre que puede ocuparse de la atención del pequeño".

condición necesaria para mantener la lactancia materna protegida en diversos instrumentos internacionales. El alojamiento del niño en prisión, según el dictamen, es una alternativa solo para casos excepcionales con el fin de evitar la disolución del vínculo materno filial.

El dictamen de la Procuración al que remite el fallo de la Corte de algún modo comporta una inversión de la carga de la prueba; es decir, presume que la mejor forma de proteger el interés superior del menor es mediante la concesión del arresto domiciliario a la madre, de modo que para denegarlo sería necesario demostrar lo contrario.

Esta posición amplía acerca de la concesión del arresto domiciliario como mejor solución para hacer prevalecer el interés superior del niño —sin exigir que el menor se encuentre en una situación de riesgo o desamparo— en la actualidad podemos decir que constituye la jurisprudencia mayoritaria de la Cámara Federal de Casación Penal[478]. Es resultado de una evolución y de nuevas conformaciones de las Salas, pues en los primeros años de vigencia del nuevo artículo 32 de la Ley de Ejecución y 10 del Código Penal varios fallos casatorios confirmaron rechazos de tribunales de grado por no advertir situación de peligro en los menores[479].

Algunos de los fallos recientes de la CFCP avanzan en la consagración del arresto domiciliario como un derecho. Así, la Sala II ha señalado que una correcta exégesis de la normativa, permite concluir que las madres que se encuentren en conflicto con la ley penal, y sus hijos menores de edad, tienen derecho a que se conceda el arresto domiciliario, con el fin de preservar su vínculo materno-filial y su vida cotidiana. De modo tal que, cuando se den los supuestos previstos

[478] CNCP, Sala I, "JPE", 20/10/2009, en Abeledo Perrot nº 70063410. CNCP, Sala IV, "CJC", 09/11/2009, en Abeledo Perrot nº 70059569. CFCP, Sala IV, "SDG", 19/09/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4145/2012. CFCP, Sala II, "C. J.G.", 14/11/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4842/2012. CFCP, Sala III, "FAM", 12/07/2013, en Abeledo Perrot nº AR/JUR/27979/2013. CFCP, Sala II, "ACF d. M. s/recurso de casación", 20/09/2013, La Ley 2013-F, 404, AR/JUR/55718/2013.

[479] Ver, en este sentido, CNCP, Sala II integrada por los doctores Michell, García y Yacobucci, "Aguirre, Almendras", 11/05/2009, en Abeledo Perrot nº 70055589 y "Cardozo, Yolanda B.", 02/06/2009, en Abeledo Perrot nº 70057495. CNCP, Sala III, "Maglio, Albana ML", 21/08/2009, en Abeledo Perrot nº 70056283. Y el caso ya comentado de la CFCP, Sala de feria, "FAM", 10/01/2013, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/33/2013.

en la ley, la concesión de la medida debe constituir la regla[480]. La misma Sala sostuvo en el caso de una mujer embarazada que "por exigencias de orden internacional y constitucional, reunidas las previsiones de ley, el estándar debe constituirse a partir de que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario"[481]. Por su parte la Sala III ha señalado que la concesión del arresto domiciliario está sujeta a la apreciación judicial. "Sin embargo, no es una facultad librada a la discrecionalidad del juez, sino que, como toda decisión que conceda, deniegue, o revoque un derecho, esta forma de cumplimiento de la pena de prisión debe estar fundada en la consideración de las circunstancias particulares de cada caso"[482].

De la revisión de la jurisprudencia se destaca que en varios casos la presentación por parte de la defensa de un informe socio-ambiental elaborado por el Programa de Atención a Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación ha resultado fundamental para la concesión del arresto, pues los jueces han valorado la situación familiar relatada detalladamente en los referidos informes[483].

También numerosos fallos otorgan especial relevancia a la intervención de la Defensoría de Menores, que brega por garantizar el interés superior de los niños[484]. Varios de estos, incluso exigen la

---

[480] CFCP, Sala II, "MCN s/recurso de casación", 17/09/2013, en La Ley 2013-F, 399, AR/JUR/56567/2013, voto de la Dra. Ledesma al que adhieren los doctores David y Slokar.

[481] CFCP, Sala II, "ACFdM s/recurso de casación", 20/09/2013, en La Ley 2013-F, 404, AR/JUR/55718/2013, voto del Dr. Slokar al que adhieren los doctores Ledesma y David.

[482] CFCP, Sala III, "FAM", 12/07/2013, en Abeledo Perrot nº AR/JUR/27979/2013, voto del Dr. Hornos.

[483] Ver CNCP, Sala I, "DPT", 04/06/2009, en Abeledo Perrot nº 70055511. CFCP, Sala II, "CJG", 14/11/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4842/2012.

[484] CNCP, Sala I, "JPE", 20/10/2009, en Abeledo Perrot nº 70063410. CNCP, Sala IV, "CJC", 09/11/2009, en Abeledo Perrot nº 70059569. CFCP, Sala II, "CJG", 14/11/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4842/2012.

previa intervención del Defensor de Menores antes de pronunciarse sobre la procedencia o no del arresto domiciliario[485].

Asimismo, es de destacar que la jurisprudencia de la Cámara de Casación ha concedido el arresto domiciliario en casos que no se adecuaban estrictamente a los términos del artículo 32 de la Ley de Ejecución y 10 del Código Penal, admitiendo la alternatividad al encierro carcelario en caso de hijos mayores de cinco años, así como también en beneficio de varones que tenían a cargo niños de corta edad o personas con alguna discapacidad. Para estos supuestos que exceden los parámetros legales, la Cámara ha requerido acreditar circunstancias excepcionales, como situaciones de potencial desamparo de los menores que justifiquen una interpretación analógica de la ley en favor del interés superior de los niños[486].

5. Los límites del arresto domiciliario y posibles alternativas

De los datos estadísticos presentados y del análisis jurisprudencial efectuado surge que en una importante cantidad de casos las mujeres madres de niños menores de cinco años no logran acceder al arresto domiciliario[487]. Esto conlleva que en numerosos casos las

---

[485] CNCP, Sala IV, "VC", 04/11/2009, en Abeledo Perrot nº 70059532. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, "HLM", 09/10/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/3094/2012.

[486] Ver CNCP, Sala I, "DPT", 04/06/2009, en Abeledo Perrot nº 70055511. CNCP, Sala III, "Bagnato, Adolfo H.", 15/11/2009, en Abeledo Perrot nº 70060955. CFCP, Sala I, "MC.", 26/09/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4108/2012. CFCP, Sala IV, "YMR", 12/12/2013, en La Ley Online, AR/JUR/86785/2013. CFCP, Sala IV, "RFB s/recurso de casación", 13/12/2013, en La Ley Online, AR/JUR/98895/2013.Resulta interesante el fallo de la CFCP, Sala II, "MCN s/recurso de casación", 17/09/2013, en La Ley 2013-F, 399, AR/JUR/56567/2013, donde la Cámara anula la resolución del Juez de Ejecución en la parte que disponía el reingreso en prisión de la mujer cuando el hijo cumpliese los cinco años de edad.

[487] El diagnóstico contenido en este apartado surge también de la experiencia obtenida mediante el trabajo que se viene desarrollando desde el año 2013 en el marco del Curso de Práctica Profesional que se dicta en la Procuración Penitenciaria de la Nación por convenio con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Uno de los ejes de trabajo del Curso de Práctica Profesional, que se lleva a

mujeres convivan con sus hijos en prisión, pero desconocemos la cantidad de niños que quedan afuera de la cárcel a cargo de otras personas mientras sus madres se encuentran detenidas.

La convivencia de los niños en prisión junto a sus madres permite preservar el vínculo materno-filial, lo que resulta fundamental sobre todo en niños de corta edad, aunque expone a los menores a un lugar inadecuado para su crecimiento y desarrollo[488].

Ante esta situación, a continuación se enunciarán algunos casos "tipo" en que por distintos motivos las mujeres se ven impedidas de acceder al arresto domiciliario, planteando posibles alternativas para evitar el encierro carcelario.

5.1. Mujeres que carecen de domicilio o medios de subsistencia. La necesidad de una red de centros de acogida u hogares públicos y de acceso al trabajo durante la detención domiciliaria

Las mujeres que han sido encarceladas por lo general tienen un elevado nivel de vulnerabilidad socio-económica, en ocasiones problemas de adicción a drogas, en algunos casos se encontraban en situación de calle, o vivían en villas de emergencia o en edificios ocupados, o bien en domicilios temporales como hoteles familiares.

La ausencia de un domicilio familiar para ofrecer, o la disponibilidad de domicilios que la justicia considera inconvenientes por estar situados en "zona de riesgo", es decir, en villas de emergencia[489] a menudo se erige como impedimento de acceso al arresto domiciliario.

---

cabo con el Equipo de Género y Diversidad Sexual de la PPN, se centra en el arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños pequeños. Mediante visitas periódicas a la Unidad 31 y también al CPF IV del SPF se toman entrevistas a las mujeres que podrían verse amparadas por la previsión del art. 32 de la Ley de Ejecución, y cuando manifiestan su voluntad de acceder a un arresto domiciliario, la PPN articula con la Defensa Oficial u abogado particular para hacer una presentación como amigo del tribunal si ya hay un incidente de arresto en trámite, o caso contrario promueve su inicio.

[488] Ver al respecto Tomkin, 2009.

[489] CNACCF, Sala II, "Fernández, Alicia M.", 26/05/2009, en Abeledo Perrot nº 70054624.CNACCF, Sala A de feria, "CJR o SA", 05/01/2010, en Abeledo Perrot nº 70057953. Destacamos el fallo de la CFCP, Sala II, "ACFdM s/recurso de

En un análisis que efectuamos inmediatamente luego de la introducción de este supuesto legal de arresto domiciliario, indicábamos que las agencias estatales por aquel entonces no habían puesto a disposición ningún tipo de alojamiento para estos casos, limitándose las posibilidades a la buena voluntad y escasos recursos de alguna organización de la sociedad civil (Di Corleto/ Monclús Masó, 2009:295/302). Lamentablemente transcurridos ocho años de la modificación legal, debemos señalar que no ha habido avances significativos en materia de asistencia social a mujeres madres en conflicto con la ley penal que se encuentran en situación de elevada vulnerabilidad socio-económica, de modo que la imposibilidad de obtener un domicilio se traduce en que estas madres se vean abocadas a criar a sus hijos en prisión mientras sean menores a los cuatro años de edad.

Es así como la intervención del Estado se limita al encarcelamiento de la mujer madre, pues no brinda ningún tipo de asistencia para que pueda acceder al arresto domiciliario en caso de carecer de domicilio. Es decir, si no tienen un domicilio propio o de algún familiar o allegado para ofrecer, la alternativa al encarcelamiento no puede concretarse.

Por ello sostenemos la necesidad de que se implemente una red de centros de acogida u hogares públicos, con capacidad para afrontar todos los casos de mujeres madres que carecen de un domicilio para criar a sus hijos, ya sea que hayan entrado en conflicto con la ley penal, sean víctimas de violencia de género, se encuentren en situación de calle, acusen problemas de drogodependencia o estén en situación de vulnerabilidad social por el motivo que sea.

Incluso cuando logren que un familiar o amigo les ofrezca el domicilio, lo que implica que esa persona debe asumir además el compromiso de brindar manutención para la mujer bajo arresto y su hijo o hijos, así como hacerse cargo de la organización de la vida familiar para el sostenimiento del hogar (hacer las compras, llevar a los niños al colegio, al médico, etc. salvo que el juez autorice a hacerlo a la madre).

En suma, se impone una carga titánica a un núcleo familiar en situación de elevada precariedad y vulnerabilidad socio-económica. Podemos decir que el Estado hace abandono de su función de

---

casación", 20/09/2013, en *La Ley* 2013-F, 404, AR/JUR/55718/2013, donde se concede el arresto a mujer embarazada pese a encontrarse el domicilio en "zona de riesgo".

tutela de familias necesitadas de asistencia, sometiendo a las mujeres madres bajo arresto domiciliario a la dificilísima prueba de sostener las condiciones de su arresto sin ningún tipo de ayuda social.

Esta situación en ocasiones deriva en un incumplimiento de las reglas de conducta por parte de la mujer, quien sale de su domicilio sin autorización judicial para obtener medios de subsistencia, lo que a menudo se traduce en la revocación del arresto domiciliario cuando el incumplimiento es reportado por los organismos de vigilancia de la medida alternativa. Asimismo, la falta de medios de subsistencia puede llevar a la mujer madre a renunciar a su derecho de solicitar el arresto domiciliario. De hecho, la Procuración Penitenciaria ha identificado una cantidad relevante de casos en que las mujeres no solicitan el arresto, pues necesitan trabajar en prisión para garantizar la manutención de sus hijos (ya se encuentren con ellas en prisión si son menores de cuatro años o afuera a cargo de un familiar si son mayores).

Esto se solucionaría al menos en el ámbito nacional y federal habilitando la posibilidad de que el SPF brinde trabajo a las mujeres detenidas en sus domicilios, es decir, con la previsión de que el ENCOPE mantenga la relación laboral cuando la mujer accede a arresto domiciliario, brindándole un trabajo que pueda desarrollar desde su hogar[490].

Por otro lado, en los casos en que la mujer se encuentre condenada y cumpla el resto de los requisitos legales del artículo 17 de la Ley de Ejecución, el marco legal vigente también permite que los jueces puedan conceder la semi-libertad en el marco del arresto domiciliario, para que la afectada pueda salir a trabajar fuera de su domicilio y obtener ingresos para su subsistencia.

---

[490] El Ente de Cooperación Técnica y Financiera del SPF (ENCOPE) es un órgano estatal creado por ley 24.372 en 1994. Tiene la función de gestionar el trabajo en prisión, lo que hace mediante la administración de cupos laborales para tareas de mantenimiento de los establecimientos federales, mediante la organización de talleres productivos, y mediante la subcontratación de actividades productivas con empresas privadas (ver al respecto Procuración Penitenciaria de la Nación, Informe Anual 2013, p. 227 y ss.). Esta última modalidad de gestión se concreta por ejemplo en talleres de armado de bolsas de papel madera o talleres de broches, actividades laborales que perfectamente podrían realizar las mujeres con arresto domiciliario.

5.2. Mujeres a las que la justicia les deniega el arresto domiciliario. Las Unidades Externas de Madres como atenuación del régimen carcelario

Del análisis jurisprudencial efectuado se ha detectado una cantidad de casos en los que la justicia deniega la solicitud de arresto domiciliario, por variados motivos. Algunos de ellos tienen que ver con la ausencia de un domicilio para ofrecer que se considere adecuado, lo que —como hemos dicho— se podría solucionar con la existencia de una red pública de centros de acogida u hogares públicos.

En otros casos, la denegación del arresto domiciliario tiene que ver con la anterior concesión de dicha alternativa al encierro carcelario y su posterior revocación por incumplimiento de las reglas de conducta (en particular por ausentarse del domicilio injustificadamente o por presunta comisión de nuevos delitos)[491].

A menudo podemos inferir que se valora la gravedad del delito cometido, si bien no se fundamenta expresa o únicamente la denegatoria sobre la base de ello, pues la ley no lo ha establecido como elemento de valoración[492].

Asimismo, en varios casos observamos que la denegación del arresto se relaciona con situaciones de extrema vulnerabilidad de las madres antes de su ingreso a prisión, relacionadas a menudo con graves problemas de adicción a estupefacientes que desembocan en situaciones de calle, en ocasiones junto a sus hijos y en otras quedando los mismos a cargo de familiares o allegados. Así, encontramos fallos que deniegan el arresto a la madre argumentando que antes de la detención ya no se hacía cargo de sus hijos, o que los había puesto en una situación de riesgo[493].

---

[491] CFCP, Sala I, "GNG", 14/12/2012, en Abeledo Perrot nº AP/JUR/4464/2012. Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, sala penal, "CEdeL", en Abeledo Perrot nº AP/JUR/88692/2013. TOCF nº 2 de Córdoba. "ASI s/incidente de prisión domiciliaria", 27/02/2014, en Abeledo Perrot nº AR/JUR/ 32396/2014. Es relevante el fallo CNCP, Sala IV, "ML", 16/05/2011, en Abeledo Perrot nº 20110841, donde la Cámara de Casación concede el arresto a una mujer a quien se le había revocado por comisión de un nuevo delito.

[492] CNCP, Sala III, "Maglio, Albana ML", 21/08/2009, en Abeledo Perrot nº 70056283. CNCP, Sala IV, "VC", 04/11/2009, en Abeledo Perrot nº 70059532.

[493] CNCP, Sala III, "Figueroa, Carolina M.", 30/06/2009, en Abeledo Perrot nº 70056281.

Estos casos son especialmente preocupantes cuando no hay familiares que puedan asumir el cuidado de los menores, pues los niños son institucionalizados en hogares y puestos en adopción, pese a que su madre manifieste la voluntad de mantener su patria potestad. Y lo mismo sucede cuando no se autoriza a la madre a mantener a sus hijos menores de cuatro años con ella en prisión[494].

Frente a estas situaciones, sostenemos que la intervención del Estado no puede limitarse a lo punitivo. El encarcelamiento de la madre y la intervención de la justicia de menores para desvincular a esos niños de una "mala madre" muestra la actuación de un Estado insensible frente a las necesidades más acuciantes de las mujeres y los niños, colectivos que merecen especial atención conforme al marco de protección internacional de derechos humanos.

El contacto de la mujer con el Estado, aunque sea con su brazo punitivo, debería ser una oportunidad para ofrecer posibilidades de asistencia a sus necesidades, sea en su problemática de adicción a las drogas, sea brindando ayuda en el ejercicio de su rol maternal. Podría llevarse a cabo con el cumplimiento de la pena privativa de libertad —o de la prisión preventiva— en Unidades Externas de Madres que constituirían lugares más idóneos para las mujeres que no acceden al arresto domiciliario y que optan por mantener el vínculo materno-filial mediante la convivencia con sus hijos menores de cuatro años.

Las Unidades Externas de Madres han sido implementadas en España a partir del año 2004 y, si bien constituyen un régimen de encierro, atenúan todos los elementos más visibles de "lo carcelario".

---

[494] El Equipo de Género y Diversidad Sexual de la Procuración Penitenciaria de la Nación ha advertido en los últimos dos años una práctica alarmante de "externación" de menores de la Unidad 31 del SPF, a partir de situaciones con características similares: frente a episodios de conflicto en la unidad 31, se diagnostica a la madre de un cuadro de "excitación psicomotriz", implicando su traslado al anexo psiquiátrico del Complejo Penitenciario Federal IV. Dicho traslado motiva la intervención del equipo interdisciplinario de la U.31 denominado RAM sugiriendo la externación del menor, lo que luego es avalado por el Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que dicta una medida de abrigo en favor del menor. Finalmente la desvinculación materno-filial es sellada por la intervención de los Juzgados de Menores, que dan inicio a un lento expediente judicial sin adoptar medida cautelar alguna para garantizar la preservación del vínculo. Ver el acápite "Crónicas de finales anunciados: las malas madres" en el apartado sobre mujeres en prisión del "Informe Anual PPN 2014".

Es así como se eliminan los barrotes, los uniformes penitenciarios, las celdas y los alambrados. Se trata de edificaciones que se insertan en la comunidad, de modo que no se encuentran alejadas de los núcleos poblacionales como es el caso de las cárceles de mujeres de Ezeiza. Ello permite que las mujeres y sus hijos/as accedan a todos los servicios comunitarios (jardín maternal, escuelas, hospitales, etc.). El personal no viste uniforme alguno, las celdas son sustituidas por pequeños departamentos para la convivencia de las madres con sus hijos/as, y los elementos de seguridad son atenuados, sustituyendo los alambrados por cámaras de seguridad y detectores[495].

No vamos a hacer aquí una valoración de la experiencia de las Unidades Externas de Madres creadas en España, ni a analizar las pautas de funcionamiento de las mismas, simplemente nos parece interesante destacar los elementos que tienen que ver con lo edilicio y estructural.

Por lo demás, en el ya citado informe de la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer se menciona la necesidad de establecer prisiones especializadas más pequeñas que sean fácilmente accesibles, para los casos en que no se pueda prescindir del encarcelamiento[496].

5.3. Mujeres extranjeras no residentes. El arresto domiciliario en su país o la expulsión anticipada como alternativa a la cárcel

En el caso de las mujeres extranjeras, la posibilidad de acceder a un arresto domiciliario por el hecho de ser madres de niños de

[495] Ver Ministerio del Interior, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, "Unidades Externas de Madres, 2010, disponible en http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Unidades_Externas_de_Madres_accesible.pdf

[496] Señala la relatora: "Se reconoce cada vez más que la mayoría de las mujeres delincuentes entrañan un riesgo mínimo, si es que constituyen alguno, para la sociedad. En el caso de las mujeres que se consideran un riesgo para la sociedad, las recomendaciones incluyen la necesidad de establecer prisiones especializadas más pequeñas que sean fácilmente accesibles y donde se proporcione atención de la salud mental y física, servicios correctivos y de rehabilitación, un espacio adecuado para vivir y servicios de visita de familiares". En http://www.onu.cl/onu/wp-content/uploads/2014/02/report-de-manjoo-a-la-AG-2013-sp.pdf

hasta cinco años de edad va a resultar más complicado, puesto que a menudo carecen de un domicilio para ofrecer como alternativa al encierro carcelario. Por ello con frecuencia permanecen en prisión con los niños mientras son menores de cuatro años.

Pero además, muchas mujeres extranjeras que no residían en la Argentina antes de su detención tienen hijos menores de cinco años que quedaron en sus países de origen, tal vez en situación de desamparo. En vista de ello, es interesante considerar si estas mujeres pueden verse amparadas por la previsión legal del arresto domiciliario a ser cumplido en su país.

Un caso de estas características fue analizado por la Cámara Federal de Casación Penal, pero entendió que el juez de ejecución no tenía jurisdicción para sostener un arresto domiciliario a cumplirse en la ciudad de Montevideo y revocó la resolución del TOCF de Paraná[497].

Entendemos que ello es discutible, pues existe el "Acuerdo sobre traslado de personas condenadas entre los Estados partes del MERCOSUR"[498], que incluye el cumplimiento de condenas "bajo un régimen de condena condicional o libertad condicional, anticipada o vigilada". Por consiguiente, se hace necesario profundizar y agilizar la aplicación de los instrumentos internacionales de cooperación en materia penal, sobremanera entre los países del MERCOSUR y asociados —pues la mayoría de extranjeros en conflicto con la ley penal en Argentina tienen esa procedencia—.

Pese al fallo denegatorio, señala la Cámara de Casación que no obran en autos informes serios de vida de la interna y de la situación del menor que permitan acreditar su falta de contención o una

---

[497] Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Paraná, "Legajo correspondiente a Berio Crizul, Paula Fabiana", 16/09/2010. Cámara Nacional de Casación Penal, "Berio Crizul, Paula Fabiana s/rec. de casación" (causa 13.398), 24/11/2011, donde la Sala II señaló que "media un impedimento sustancial para el mantenimiento del beneficio solicitado por la defensa y concedido por el a quo y que se vincula con el lugar de residencia de la imputada (...). Resulta por demás desaconsejable proseguir con tal modalidad de detención concedida a la imputada en un domicilio fuera de territorio argentino. Tal obstáculo se vincula con el ejercicio de la jurisdicción del juez de ejecución de la pena impuesta y con la dificultad que ello presenta para el control de la imputada, circunstancias que no se ven atemperadas por la legislación argentina o la existencia de convenios de cooperación entre ambos países".

[498] Firmado en Belo Horizonte el 16 de diciembre de 2004 e incorporado mediante ley 26.259, promulgada el 1 de junio de 2007.

situación de desamparo, lo que abre una grieta que posibilita en el futuro a los jueces de instancia la aplicación del arresto en otros casos similares, acreditando con informes sociales la necesidad de superponer el interés superior del menor para justificar una morigeración del ejercicio del *iuspuniendi* por parte del Estado argentino.

Al margen de la posibilidad de cumplir un arresto domiciliario en el país de origen, un precedente encomiable para proteger el vínculo materno-filial y el interés superior del niño es el de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal de 19 de junio de 2013, al resolver una expulsión anticipada anteponiendo el interés superior del niño frente al pleno ejercicio del poder punitivo del Estado[499].

Semejante solución había sido propuesta ya por Alderete Lobo para casos de extranjeras presas con sus hijos de hasta cuatro años que no pueden acceder a un arresto domiciliario en Argentina por carecer de domicilio, sosteniendo que un vez dictada la orden de expulsión debe ejecutarse inmediatamente sin consideración de plazo alguno, pues la ejecución de la pena deviene ilegítima por no perseguir la finalidad constitucional de reinserción social (Alderete Lobo, 2012:270).

6. Algunas reflexiones finales

Como reflexiones finales queremos señalar algunas problemáticas adicionales detectadas a través de la experiencia de trabajo relativa al seguimiento de los arrestos domiciliarios de las mujeres embarazadas o madres de niños pequeños.

Una problemática central es que en la inmensa mayoría de los casos la previsión del arresto domiciliario no evita el ingreso a prisión de la mujer, ya sea acompañada de hijos menores de cuatro años o ya sea dejando a sus hijos a cargo de algún familiar o en situación de desamparo. En todos los casos, la detención e ingreso en prisión de la mujer madre conlleva una situación traumática

[499] CFCP, Sala I, "Villaruz Castillo, María Rowena s/recurso de casación", 19/06/2013. Se trataba del caso de una mujer de nacionalidad filipina, condenada a una pena de cuatro años y seis meses de prisión por un delito de tráfico de drogas. Villaruz era madre de un niño de dos años de edad que se encontraba al cuidado de su hermana en Filipinas en una situación socio-económica de elevada vulnerabilidad. La Cámara de Casación en vía recursiva hizo lugar a la solicitud de expulsión anticipada presentada por la defensa. Ver Monclús Masó, 2014:6/17.

inevitable para ella y sus hijos. Recién luego de transcurrido un tiempo puede lograrse el arresto domiciliario. Este período es más o menos prolongado en función de la tramitación del incidente de arresto domiciliario (el tiempo que demore la elaboración de informes sociales, la respuesta de oficios varios que decida remitir el juez, la certificación de otras causas, etc. de si el arresto domiciliario se concede en primera instancia o es necesario recurrir a Cámara de Apelaciones —durante la instrucción— o a la Cámara de Casación Penal —en etapa de juicio oral o de ejecución penal—).

Por otro lado, a modo propositivo, sostenemos que en el caso de las mujeres con hijos que superan los cinco años —así como en otros casos en que no se logre la aplicación del arresto domiciliario—, en el momento en que se cumplan los requisitos legales del artículo 17 de la Ley de Ejecución resulta aplicable el régimen de semi-libertad, puesto que el cuidado de los hijos y las tareas del hogar constituyen un trabajo[500]. De ese modo, el instituto de la semi-libertad —que en la actualidad se encuentra absolutamente subutilizado en las cárceles federales— puede constituir una herramienta para fortalecer el vínculo materno filial y atenuar el encierro carcelario de las mujeres madres. De igual forma, privilegiando el interés superior del menor, también puede aplicarse analógicamente el instituto de la semi-detención aunque la pena supere los seis meses de prisión de cumplimiento efectivo (art. 35 Ley de Ejecución Penal)[501].

Además, debemos señalar que en el caso de las mujeres condenadas cuya pena carcelaria ha sido sustituida por arresto domiciliario, ningún precepto legal exceptúa la aplicación de la progresividad en la ejecución de la pena privativa de libertad —y recordemos que el arresto domiciliario es una pena privativa de libertad no carcelaria—. Por ende, deben ser aplicables también al caso de mujeres condenadas con arresto domiciliario las instituciones de libertad anticipada previstas en la Ley de Ejecución, como son la semi-libertad, la libertad condicional y la libertad asistida.

---

[500] Ver en este sentido el fallo del Juzgado de Ejecución Penal de General Roca "Ortiz, Irene del Carmen s/ ejecución de pena (Ex: 1318/97 C.C. II Gral. Roca)", 09/05/2011, incorporando a la mujer al régimen de semi-libertad con salidas transitorias con el objeto de llevar a cabo las tareas domésticas y la atención de los hijos menores.

[501] Ver al respecto la reseña de un caso resuelto en este sentido por el Juzgado de Ejecución Penal de Paraná, Bertora, Bruera y Lazzaneo, 2014.

Al margen de estas sugerencias concretas, otra de las conclusiones a destacar es que la jurisprudencia por lo general se orienta a la protección del interés superior del menor, quedando en segundo plano el derecho de la madre a mantener el vínculo materno-filial. Lo que pone de manifiesto una ausencia de perspectiva de género en el enfoque de la temática y un predominio de abordaje del problema desde la perspectiva exclusiva del menor, como si los intereses de la madre y su hijo fuesen contradictorios, cuando en realidad la verdadera colisión es la que enfrenta la pretensión punitiva del Estado con el interés coincidente de madre e hijo de mantener su vínculo materno-filial (Naredo, 1999:203/204).

Como señala la citada autora, "Poner el acento únicamente en las necesidades e intereses de una de las dos personas que forman la relación madre-hijo o hija, implica que no se ha prestado atención a las necesidades de la 'otra parte', en este caso la madre presa. Esta falta de atención (...) significa que a la mujer reclusa, en tanto que criminal o presunta criminal, no se le presta credibilidad como madre y sus requerimientos en este sentido son tratados como cualquier queja 'ordinaria' de los reclusos y reclusas frente a la Administración" (Naredo, 1999:199).

Es así como cobra absoluta relevancia la identificación de las mujeres que entran en conflicto con la ley penal con la idea de "mala madre", quien pierde el derecho a la crianza de sus hijos y a la preservación de su rol maternal. En efecto, en la mayoría de la jurisprudencia se observa que la preservación del vínculo materno-filial en un ambiente normalizado mediante la concesión del arresto domiciliario, constituye una alternativa que se adopta en beneficio del menor, sin que se encuentren pronunciamientos que erijan al arresto domiciliario también como un auténtico derecho de la madre.

Ello viene abonado por la obsoleta previsión del artículo 12 del Código Penal, que establece la privación de la patria potestad en caso de condenas superiores a tres años[502]. Pero como ha sostenido autorizada doctrina (Zaffaroni/Slokar/Alagia, 2000:941), su alcance

[502] Téngase en cuenta que en la época en que se introdujo la previsión del art. 12 en el Código Penal, el encarcelamiento de las mujeres era algo sumamente excepcional. La mayoría de las personas encarceladas eran hombres, quienes a menudo eran enviados a presidios ubicados muy lejos del domicilio familiar, de modo que la privación de la patria potestad podía ser una necesidad práctica para el funcionamiento del núcleo familiar.

debe interpretarse restrictivamente, operando solo cuando la condena sea por delitos cometidos por los padres contra los hijos menores[503].

Debemos agregar que la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad establecida en el artículo 12 del Código Penal, no tiene en cuenta las situaciones particulares de las madres encarceladas que conviven en prisión junto a sus hijos menores de cuatro años o el de las mujeres madres de niños menores de cinco años a las que se les concede el arresto domiciliario. En estos casos resulta a todas luces absurdo sostener dicha privación legal, pues lo cierto es que esas mujeres se encuentran ejerciendo en la práctica la patria potestad con independencia de su situación de procesadas o condenadas.

A modo de recapitulación, en este trabajo hemos pretendido efectuar un balance sobre la aplicación del arresto domiciliario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños pequeños, a ocho años de su previsión legal. Hemos destacado la interpretación amplia efectuada en el único caso que llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde la Procuradora General en su dictamen establece como presunción que la mejor forma de proteger el interés superior del menor es mediante la concesión del arresto domiciliario a la madre, de modo que para denegarlo sería necesario demostrar lo contrario. A su vez, hemos hecho un repaso de buena parte de los fallos dictados por la Cámara Federal de Casación Penal, que en términos generales han adoptado un criterio amplio de aplicación.

No obstante, también nos hemos detenido en el análisis de los límites del arresto domiciliario, identificando casos "tipo" en que por distintos motivos las mujeres se ven impedidas de acceder a este sustitutivo penal. En estos supuestos hemos sostenido la necesidad

---

[503] Este sería el supuesto que establece el art. 307, inciso 1°, del Código Civil: "Cualquiera de los padres queda privado de la patria potestad: 1. Por ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo...". Incluso en presencia de una condena penal por delitos cometidos contra los hijos, la doctrina civilista ha discutido si la privación de la patria potestad debe operar de forma automática cuando se trata de condena penal por incumplimiento de las obligaciones alimentarias, encontrando autorizadas opiniones que se pronuncian en sentido negativo y privilegian la valoración del interés superior del niño (Grosman, 2004:4).

de elaborar o profundizar nuevas alternativas o morigeraciones al encierro carcelario, mencionando propuestas concretas como la creación de centros de acogida públicos, el acceso al trabajo para las mujeres durante el arresto domiciliario, la posibilidad de conceder dicho sustitutivo penal en su país de origen —o bien la expulsión anticipada— en el caso de las mujeres extranjeras no residentes que tengan hijos pequeños a cargo, o las unidades externas de madres como atenuación del régimen carcelario para los casos en que no seamos capaces de prescindir de la cárcel como respuesta penal frente a las mujeres madres.

Bibliografía

Alderete Lobo, R., (2012), "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas con sus hijos. (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)", en AA.VV., *Ministerio Público de la Defensa: Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires.

Bertora, Cecilia; Bruera, Maximiliano; Lazzaneo, Juan Ignacio, (2014), "Prisión domiciliaria, su función como pena alternativa y la implicancia del Interés Superior del Niño en ella", en *Revista Asociación Pensamiento Penal*, nº 187, septiembre 2014.

Centro de Estudios Legales y Sociales, Defensoría General de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación, (2011), *Mujeres en prisión. Los alcances del castigo*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Di Corleto, J., Monclús Masó, M., (2009), "El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años", en Anitua, G. I. y Tedesco, I. (eds.), *La cultura penal. Homenaje al Profesor Edmundo S. Hendler*, Buenos Aires, Del Puerto.

Grosman, Cecilia, "La privación de la patria potestad y el interés superior del niño", en *Revista La Ley*, 17/11/2004.

Ministerio Público de la Defensa / Unicef, (2008), *Mujeres presas. La situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad. Limitaciones al encarcelamiento*, Buenos Aires, DGN/UNICEF.

Monclús Masó, Marta, (2014), "La expulsión anticipada de mujeres extranjeras madres privilegiando el interés superior de niños, niñas y

adolescentes. A propósito del fallo "Villaruz Castillo" de la Sala I de la CNCP", en *Revista de Derecho de Familia* nº 2014-I, Abeledo Perrot.

Naredo Molero, María, (1999), "Reclusas con hijos en la cárcel. La punta del iceberg de la sinrazón penitenciaria", en Rivera Beiras, Iñaki (coord.): *La cárcel en España en el fin del milenio*, Barcelona, M. J. Bosch.

Palliotti, Adriana, (2008), "La prisión domiciliaria y la ampliación de los supuestos legalmente previstos como resultado de una interpretación integral y operativa de la normativa nacional e internacional", en Abeledo Perrot nº AP/DOC/3630/2012.

Procuración Penitenciaria de la Nación, (2014), *Informe Anual 2013. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Buenos Aires, PPN.

— (2015), *Informe Anual 2014. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, Buenos Aires, PPN.

Saavedra, Enrique; Lappado, Paula; Bango, Matilde; Mello, Federico, *Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay*, Church World Service América Latina y el Caribe y Gurises Unidos, disponible en http://www.cwslac.org/es/docs/Invisibles_hasta_cuando.pdf

Tomkin, Jean, (2009), *Huérfanos de la Justicia. Buscando el interés superior del menor cuando se encarcela a su progenitor(a)*, Ginebra, Quaker United Nations Office, octubre 2009.

Varela, Patricio, (2007) "Niños en prisión. Un conflicto a solucionar", en Abeledo Perrot nº AP/DOC/3890/2012.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, (2000), *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar.

GÉNERO Y JUSTICIA PENAL

El libro refleja los avances de la teoría feminista en su diálogo con la justicia y reúne los textos de autoras y autores provenientes de Argentina, Chile, Perú, México y España, lo que pone en evidencia el papel de estos debates en diferentes contextos. Los temas abordados también fueron escogidos teniendo en cuenta su relevancia para el trabajo diario en los tribunales, donde la aplicación descontextualizada de principios generales oscurece la identificación de problemas que requieren distintas soluciones en función de la variable de género.

La obra desarrolla temas de problemáticas de género, como la violencia sexual y el aborto, la violencia en el ámbito intrafamiliar, el femicidio y la trata para la explotación sexual. Por otro lado, con la intención explícita de abrir nuevos espacios de reflexión, bajo la premisa de que el derecho constituye solo una porción del trato que la administración de justicia dispensa a las mujeres, el libro problematiza categorías de la justicia, como el régimen de la acción penal, los mecanismos alternativos, la valoración de la prueba y la revictimización. Ofrece una relectura de las estructuras jurídicas, la más impermeable a las interpretaciones de género, poniendo el foco en los delitos de comisión por omisión, y en las categorías de legítima defensa y culpabilidad. Por último, se aborda la problemática del encierro y la maternidad entre las rejas, temas donde los estándares de discriminación indirecta son fundamentales para evidenciar la inequidad en el trato a las mujeres encarceladas. El objetivo del libro es profundizar el intercambio entre la justicia y los análisis de género a fin de enriquecer las discusiones tanto en el ámbito académico como en la práctica judicial.

Julieta Di Corleto

ISBN 978-987-3620-27-0

edicionesDidot